JURISDIÇÃO E JUSTIÇA
Organizador:
Ney Bello
idp

Ney Bello (organizador)

Jurisdição e Justiça

1ª edição

Autores:

João Carlos da Cunha Moura

Newton Pereira Ramos Neto

Pablo Zuniga Dourado

Víctor Minervino Quintiere

Roberto Carvalho Veloso

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Brasília
2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

Sumário

APRESENTAÇÃO

O INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP, através de seu programa de pós-graduação em direito, vem incentivando a pesquisa e a produção científica desde a perspectiva do intercâmbio necessário entre instituições de ensino superior com seus diversos programas de mestrado e doutorado.

Também é do interesse do Programa a conexão cada vez mais firme com Instituições do Sistema de Justiça que permitam ao mestrando do IDP conectar-se também com os operadores do direito, produzindo conhecimento em interface com a aplicação do direito em situações concretas.

O presente E-book que vem a público representa a mais estreita conexão entre dois programas de mestrado – Universidade Federal do Maranhão e Instituto Brasiliense de Direito Público – e também é fruto de uma relação entre ambos os mestrados – que tratam de constituição e sistemas de justiça – e o corpo de juízes que compõem a Justiça Federal.

Dele constam artigos de professores dos Programas de Mestrado em Direito da UFMA e do IDP, de mestres em direito de ambos os programas e de juízes federais docentes de outras universidades e com vida acadêmica definida.

A coletânea cuida de discutir a atividade de aplicar o direito, ou de dizer o direito, trespassando a estrutura da própria Justiça.

Este E-book conta com a participação de quatro juízes federais – Ney Bello (organizador da coletânea) e Roberto Veloso, ambos também professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMA - e Pablo Dourado e Newton Ramos, mestres em direito pelo CEUB e UnB respectivamente e docentes universitários.

Também estão incluídos dois artigos do mestre pela UFMA – João Carlos da Cunha Moura e do mestrando pelo IDP Víctor Minervino Quintiere.

Todos abordam temas que dizem respeito à atividade jurisdicional e ao afazer do juiz em diversas áreas do conhecimento e da jurisdição federal.

Desta maneira, este e-book cristaliza a relação do IDP com o Programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal do Maranhão e aponta na colaboração entre a instituição do sistema de justiça – Justiça Federal – com a produção científica.

João Carlos da Cunha Moura aborda no artigo *A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISUCURSO DE ÓDIO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS (STJ E STF)*, a percepção da jurisdição constitucional acerca da possível convivência entre ideias opostas e a capacidade de coexistência ou necessidade de tolhimento, segundo a jurisprudência do STF.

Já o artigo de Newton Pereira Ramos Neto cuida de discutir questão também pragmática, mas sem descuidar de seu viés teórico. O autor traz a lume o artigo *A Súmula Vinculante 37 e o revival do dogma do legislador negativo*, cuidando de discutir as consequências da aplicação da referida sumula na Justiça brasileira.

Pablo Zuniga Dourado, em trabalho analítico, discute a repetição de decisões judicias, fazendo-o no artigo intitulado *POSSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DE UMA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS PARA EDIÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS COERENTES*.

O GOVERNO DOS JUÍZES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – UM ESTUDO DE CASO é o artigo de Víctor Minervino Quintiere, que aborda a questão do ativismo judicial e da expansão do Poder Judiciário.

Roberto Carvalho Veloso aborda a discussão no Judiciário acerca da aplicação de um sistema processual penal, tudo isso no artigo que leva o título de *POR UM MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO PENAL*.

Desta maneira, esta coletânea vem fortalecer os laços entre dois programas de pós-graduação existentes no país, e também lançar um tijolo a mais na geração de conhecimento acadêmico com *imputs* e *outputs* com as instituições do sistema de justiça.

Boa leitura!

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISUCURSO DE ÓDIO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS (STJ E STF)

João Carlos da Cunha Moura[1]

RESUMO: O texto aqui apresentado tem por objetivo investigar de que maneira discursos de intolerância e ódio são transmitidos materialmente, com legitimidade amparada em argumentos sócio-jurídicos de liberdade de expressão. Para tanto, recupera-se a discussão acerca da liberdade de expressão e sua relação com o discurso de ódio. Além disso, observa que tipo de vínculo jurídico essas expressões recebem no plano das decisões judiciais, em sede de tribunais superiores (STF e STJ) no Brasil. Indaga sobre a submissão lançada pela principiologia do Direito, a qual neutraliza o discurso de emancipação dos sujeitos e suas identidades. Nessa perspectiva ainda ressalta como as instituições (formais e informais) domesticam para a imposição de ideais de liberdade de expressão e considerar o espaço de domínio político dos discursos de ódio.
Palavras-Chave: Liberdade de Expressão; Discurso de Ódio; Tribunais Superiores.

ABSTRACT:The text presented here aims to investigate how intolerance and hate speech are transmitted materially supported with legitimacy in socio- legal arguments of freedom of expression. Therefore, recovers the discussion about freedom of expression and its relation to hate speech. In addition, notes that type of legal relationship these expressions are given in terms of judgments in the seat of higher courts (STF and STJ) in Brazil. From this perspective also highlights how institutions (formal and informal) tame the imposition of expression freedom of ideas and consider the space policy area of hate speech. Asks about submission imposed by principles of law, which neutralizes the emancipation of discourse of subjects and their identities.

INTRODUÇÃO

Os discursos sobre liberdade abrem espaço para diversas formas de agir politicamente na sociedade. Os conceitos de liberdade de expressão, ainda mais com a abertura de canais cada vez mais amplos e que atingem lugares cada vez mais distantes, apresentam novas formas.

---

[1] Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Professor do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9237512857575587

Discutir o tema do discurso de ódio, delimitado com base em falas extraídas dos diversos canais de comunicações (de redes sociais na internet a publicação de livros), é a aspiração de entender justamente essa necessidade de se apontar e inferiorizar determinadas identidades a partir da sua atuação política. O problema da pesquisa se pauta no questionamento: qual o conceito e o discurso de e sobre liberdade de expressão é utilizado para discutir enunciados contra identidades marginalizadas?

Como hipótese, então, desenvolve-se que o discurso de ódio é uma forma de reconduzir aqueles indivíduos politicamente envolvidos com causas e identidades diferentes à uma nova forma de dominação das e nas relações de poder. Dessa maneira, o discurso de ódio adequa-se perfeitamente a um discurso de liberdade de expressão, o qual se determina por um discurso jurídico dominante não comprometido com a emancipação dos indivíduos, mas com sua adequação a um *lócus* passivo de submissão ao Direito. Uma das teses levantadas neste trabalho entende esse tipo de discurso como uma lesão à própria liberdade de expressão.

A ilusão do Direito como forma igualitária de regulamentação das normas matiza-se em duas facetas: a primeira de um espaço jurídico que cria normas e a segunda de que estas normas devem se materializar na sociedade. No primeiro caso, há uma descoberta e limitação de expressão da lei e não uma criação. É que o campo jurídico, conforme se instala nesse sistema, ao normalizar discursos, princípios, leis está apenas cumprindo um papel de mantenedor de interesses. No segundo caso, por via de consequência, a proclamação formal de uma lei não modifica a realidade na qual ela se impõe, em ultimo caso, contraditoriamente, mantém a ordem (de discursos, de poder, etc). O Direito, portanto, queda-se como um instrumento de dominação que cria no imaginário, uma ilusão de legalidade, justiça e igualdade.

O que se cria, em verdade, é um estado de submissão. Sob um argumentativo jurídico que envolve todo o sistema social, por mais que as regras que se apresentem não sejam de fato jurídicas, cria-se uma regra de submissão às ordens institucionais, jurídicas ou não. A sujeição às regras é a diminuição da vontade humana mascarada sob a forma do “livre agir”. O Poder Judiciário, por exemplo, passa a ser um espaço de reivindicações políticas, um espaço de exigibilidade de

democracia, como se esta fosse algo material e apropriado e não um exercício de contínuo de cultura política. Sob um discurso de igualdade (entre as partes) e legalidade, aparenta ser o campo jurídico o único espaço legítimo onde se pode manter os assuntos em debate, visto como um local higienizado de toda conotação política e neutra por natureza, logo arena legítima para gerir conflitos com rigor e sem assentamentos políticos.

O discurso de ódio, sob o argumento da liberdade de expressão, se insere neste contexto de criação de subjetividade, por estar intrinsecamente ligado à identidade das vítimas. Assim, a elites políticas utilizam administrações que tentam a todo custo proteger uma espécie de liberdade construída e imposta. Surge o discurso de que as vítimas das expressões de ódio não são vulneráveis, mas pretendem cercear a liberdade de expressão.

Por isso, é necessária uma discussão sobre a curiosa ligação de movimentos e argumentos "de expressão" à proteção das identidades. O que se deseja explicar com esta pesquisa é que o indivíduo de identidade marginal e que se posiciona politicamente, queda-se no núcleo de análise dos problemas da sociedade, por parte das elites políticas, econômicas e culturais.

Desta maneira, é necessário analisar cada ponto que se liga aos aspectos demográficos, regionais, econômicos, políticos e culturais; estas características, entendem certos setores, seriam mais bem administradas se as sociedades estivessem sob o pronto policiamento das instituições. Como o Direito imposto é colocado como completo e igualitário, a luta por direitos esquecidos ou manipulados se dá à margem do ordenamento jurídico, do próprio Direito. Entrega-se então a responsabilidade ou a legitimidade para afirmar se o fenômeno é legal (legítimo) ou não ao campo jurídico que, por excelência, detém o poder de dizer o direito (como privilégio ou como técnica).

Para discutir o tema proposto, o presente texto pretende, primeiramente, analisa a ideia de liberdade e seus desdobramentos, dentre os quais está depositada a liberdade de expressão, e sua relação com o discurso de ódio enquanto espécie de expressão utilizada com intuito de humilhação do indivíduo a quem se emite, bem como da minimização da participação política e democrática de certos grupos sociais.

Depois, parte-se para uma breve análise de casos julgados pelos tribunais superiores no Brasil: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

2 LIBERDADE PARA ODIAR?

A modernidade proporcionou a abertura de um sistema de saber que habita um novo papel na relação do sujeito e do objeto do conhecimento, que parte do reconhecimento de si como parte natural integrante de determinado sistema. As ciências humanas se apropriam dessas novas percepções do indivíduo para se dividir em tantas partes forem as dimensões de auto-realização de cada sujeito. O discurso de ódio inclui epítetos raciais e de linguagem explicitamente racista, os quais são amplamente considerados como inaceitáveis expressões públicas de racismo na política contemporânea em grande parte do mundo. O surgimento da era digital teve consequências para as etnias e seus direitos civis conquistados: a noção prevalente das novas mídias de que raça não existe na internet; ou que o ciberespaço representa uma espécie de reino universal e igualitário, é um mito.

Fruto dessa abertura para atividades liberais, a Modernidade admite que as liberdades sejam exercidas sem uma medida prévia de controle. Dentro dessa noção, a própria ideia de liberdade de expressão se desdobra em outras vias, tais como a liberdade de culto (religião) e a liberdade de imprensa, baseada em um direito de informar. Assim, o paradigma liberal, o qual impõe ao Estado a mínima intervenção nas ações individuais, reflete um conflito entre esse mesmo Estado e os limites das liberdades individuais.

O que se determinou em sede de preceitos e direitos fundamentais, neste paradigma liberal, é que a liberdade em si é a expressão máxima da dignidade humana. Ocorre que, em um sentido jurídico e social, esta mesma noção pode acabar transformando em um contradiscurso de si mesma. Se se entende a liberdade como garantia da dignidade humana e o exercício desta liberdade (em si ou em seus desdobramentos) atenta contra a dignidade humana de outra pessoa, temos então um conflito entre as atribuições liberais. (CASTROS, FREITAS, 2013).

Ora, se a noção mesma de liberdade é o impedimento a coações violentas (simbólicas ou não), usar desse mesmo exercício de liberdade para coagir outra pessoa, não se configura a expressão liberal, mas sim imposição de violência. Logo, coagir em nome da liberdade é contraproducente. Nem se fala em exercício de poder, pois quando há poder sem resistência, ou melhor, quando o poder é acatado de maneira irrestrita e submissa, o que se observa é violência. Esta última muitas vezes entendida como senso comum das relações, institucionalizada como verdade.

Concebe-se que o poder institucionaliza uma verdade (ou “a verdade”), cria-se uma relação de dependência entre saber e poder, isto é, entender ambos (poder e verdade), somente é possível em uma perspectiva relacional. Assim, poder e verdade, poder e saber, criam um horizonte ao qual se deve alcançar: o poder só pode ser exercido inserido em um discurso de verdade e a produção da verdade é submetida ao poder (FOUCAULT, 1999). Dessa maneira, o sujeito “é”, mesmo que contra a própria vontade. O indivíduo é forçado a ser pessoa. É o que se depreende do discurso da Modernidade. Nesses termos, ninguém deixa de “ser”: as coerções sociais e morais explicitam que o indivíduo enquanto sujeito torna-se um “ser”, isto é, uma necessidade essencial de autoformação. O “eu” é uma resposta (reação) às implicações socionormativas que controlam o seu comportamento (HONNETH, 2003).

Aplicado nesta perspectiva, o sujeito se vê livre, não obstante a limitação dessa liberdade. O sujeito dispõe de liberdades, e as exerce; porém uma parte essa condição é, além de dependente, submissa. Determinado pela conjuntura à qual pertence, o sujeito não sabe quando realmente é livre. Não por outra razão, deixa escapar que sua formação é, antes de tudo, uma sujeição. Quando age, fala, gesticula, não se pode afirmar certeiramente quem está agindo, falando, gesticulando: se é o indivíduo por “si mesmo” ou se são as agregações de todo o arcabouço ao qual pertence. Edgar Morin (2000) alerta para o fato de que, nas ciências humanas, o próprio cientista é também um sujeito (formado e em formação), é parte de um tecido social. Adiciona que o sujeito, não obstante as relações de poder existentes, é também ao mesmo tempo ator (pois age reprodutivamente) e autor (pois pode agir produtivamente).

Ao analisar essa formação a partir de uma concepção relacional indivíduo-sociedade, Norbert Elias (1994) observa essa formação dada do sujeito e o esquecimento de si próprio. Como exemplo, ele observa a identidade entre adultos e crianças: ao se estabelecerem esses sujeitos, ambos são dados como tal. O adulto "esquece" que já passou pelo estágio de "criança", ou seja, está em uma posição tal que se propõe uma evolução do estágio anterior, um típico discurso da modernidade que contrapõe antigo e novidade em noções dualizadas e não dinâmicas. Os modos de subjetivação criam disposições fixas, isto é, objetivam as posições de cada sujeito. É amarrado a uma naturalização posicional que o sujeito vê a si mesmo, referenciando suas próprias práticas. O interessante é que nessa perspectiva diferentes pessoas podem ocupar o mesmo *locus* subjetivo, bem como diferentes posições. Amartya Sen (2011) analisa que essa objetividade posicional, é uma ilusão na qual os indivíduos são imersos por naturalizarem as imposições existentes, mascaradas sob o argumento de uma formação autônoma. Falta, portanto, às pessoas a observação de si próprio a si mesmo. Em suma, o indivíduo se observa formado a si mesmo, sem relação com as outras formações que lhe dão origem.

Uma pessoa se sente humilhada quando recebe a mensagem, por palavras ou ações, de que não pode ser quem pensa que é. Essa humilhação gera preconceito e ressentimento. Numa sociedade individualista como a nossa, este é um tipo venenoso e implacável de ressentimento e uma das mais comuns causas de conflito, rebelião e revolta. Ela destrói a autoestima – nega o reconhecimento, recusa o respeito e aplica a exclusão –, substitui a exploração e assume a discriminação como explicação mais comumente usada para justificar o rancor do indivíduo em relação à sociedade. (BAUMAN, 2010, p. 78)

A recusa do indivíduo, ao atribuir a um arcabouço objetivo a montagem das suas perspectivas e expectativas, entra em contradição com as percepções que outros sujeitos tomam dele. Segundo Honneth (2003), existem formas de reconhecimento que o sujeito se propõe para si: o amor, a estima e o direito tomados em conjunto criam as condições necessárias para que o sujeito perceba a si como tal, ou seja, cada microssistema com suas especificidades empresta ao indivíduo condições de pertencimento ao espaço subjetivo. Assim como a repartição clássica de

poderes do Estado, essa tríade é independente, porém harmônica entre si. A aquisição de um elemento gera reflexo nas outras esferas de reconhecimento de si próprio (e dos outros sobre si próprio).

O discurso de ódio que se fomenta é baseado na aquisição de um direito como privilégio que aciona qualquer forma de expressão. Para o tema abordado nessa pesquisa, é preciso estipular onde o Direito (bem como as instituições formais e informais do sistema de justiça) toma parte nessa concorrência de autoafirmação do sujeito. Nesse ponto, o Direito é a ferramenta utilizada como geradora do instituto da fixação de condutas por um aparelho detentor de vários monopólios, situados concentricamente a um monopólio da força.

O Direito é o instrumento utilizado na modernidade para identificar subjetividades e relações. A situação do sujeito frente ao Direito é abarcada por uma série de imposições legítimas, pois é aplicada por uma espécie de consenso entre os tantos indivíduos que se inserem sob o véu jurídico, como o da liberdade de expressão. Ainda que se beneficiem do próprio Direito, contra imposições do Estado, os indivíduos a este se submetem; seja por vontade própria, ou por expectativa de aquisição das outras categorias que se interrelacionam com o reconhecimento jurídico – por exemplo, o amor e a estima.

A categoria jurídica da liberdade de expressão, logo, se ergue como a compreensão de uma instituição de expectativas prévias de condutas para o futuro. Não interessa de qual modelo político, econômico ou social se esteja falando, o Direito é sempre a condição de imposição de regramentos aptos a conduzirem a vida dos indivíduos. O Direito é a arma legítima estatal ou mercadológica (enfim, social) de imposição de subjetividades. É nada mais que um elemento asséptico de uma teia bastante complexa (mesmo quando se trata de um único indivíduo), criando o imaginário[2] de legalidade, justiça e igualdade. (GOYARD-FABRE, 2002).

Na representação individual, na qual o sujeito é expressão máxima, o essencial reside em que o indivíduo torna-se totalizado, porém finito. É nesse

---

[2] O imaginário, nesse sentido, é a ideia da acumulação inconsciente dos gestos e imagens simbólicas e organizacionais do indivíduo. Logo, estão implícios no imaginário as maneiras de pensar, sentir e agir dos indivíduos e sociedades. (DURAND, 1999)

momento que as formas de reivindicação de diretos superam o mero modelo de "direitos do homem" e passa a uma nova acepção política, no entanto despolitizada. Com a emancipação de uma categoria única, como a do proletariado, as exigências passam a ser tratadas pontualmente (mulheres, negros, meio ambiente etc.) e, de certa maneira, ampliam os conflitos, mas os tornam mais fáceis de gerenciar. As novas identidades, terminam por criar uma nova hegemonia, a hegemonia do sujeito jurídico. (BUTLER, 2001)

Norbert Elias (1994), alerta para o fato de que as práticas individuais ainda se dão de formas isoladas sem que as pessoas percebam que existem externalidades que a ela integram. Nessa trilha, o isolamento faz o sujeito perceber-se como sozinho, ainda que observando as práticas alheias. Essa agonística faz com que os indivíduos não mais observem outros indivíduos como sujeitos (de direito, sociais), mas como algo ou alguém que tem implicações meramente externas à sua conduta. O "outro" passa a ser dado, imutável e fixo.

A lógica definida para a expressão de liberdades (da qual a liberdade de expressão, seria corolário) é atravessada também por uma ordem discursiva, conforme a definida por Foucault (1996, p. 49): uma série de processos internos e externos e procedimentos de imposição de regras que ciclicamente se inserem em um "jogo, de escritura, no primeiro caso, de leitura, no segundo, de troca, no terceiro, e essa troca, essa leitura e essa escritura jamais põem em jogo senão os signos." Bourdieu (2007), seguindo essa linha para aplicação no campo político, afirma que o que seria "um discurso responsável na boca de qualquer um é uma previsão razoável na boca de qualquer outro".

Os defensores da liberdade de expressão se orgulham de desprezar o que dizem racistas, mas defender até a morte seu direito de dizê-lo. Waldron (2012) encontra essa ênfase para essa visão entre os filósofos do Iluminismo, que gera resistência intelectual equivocada. Portanto, devem ser analisados os pontos nos quais os discursos de ódio ameaçam não apenas as representações individuais, mas a dignidade e reputação dos membros minoritários. Deve-se ir para além desse excepcionalismo liberal nos debates sobre as graves consequências do discurso de ódio.

O que existe, então, é uma apropriação de condutas alheias. Essa apropriação não significa, claramente, o seu uso ou exercício. Segundo Lukács (2003) a consciência dos indivíduos é penetrada pelas lógicas reprodutivas de práticas cada vez mais complexas, que fazem essa apropriação, ressignificando a ideia de "ser", que passa a ser tomado em conjunto com o "ter": não necessariamente posses materiais, mas posses abstratas, ontológicas que serão ou não utilizadas pelos indivíduos em determinadas situações, porém sempre desconectando suas ações daquelas entranhadas com o "outro".

O discurso de ódio, então, encontra pode ser descrita como outra variável ou desdobramento da liberdade de expressão. Nesse sentido, o discurso de ódio pode ser tratado como uma espécie de direito a não ter sentimentos ternos a algo ou alguém. Porém, a tutela jurídica será necessária quando se externa este ódio. O discurso de ódio tem, nesse caso, a característica de desqualificar, humilhar e inferiorizar o indivíduo por suas características próprias que se refletem em outros grupos sociais e também de utilizar da mesma ferramenta contra grupos sociais em si mesmos. O efeito, então, é o repúdio à pessoa não por características próprias construídas a partir de vivências múltiplas, mas porque identifica-se que tais características são fruto do pertencimento a determinado grupo. A procedência geográfica, a sexualidade, a etnia, o gênero ou a identificação em qualquer outra individualidade a qual é colocada fora da ordem discursiva gera o discurso de ódio. Por exemplo, quando determinados grupos são colocados como grupos menos capazes atuar politicamente, frente à fala e atuação política de indivíduos de outras regiões brasileiras, cor de pele ou sexualidade.

Discursos estão fundamentados em uma epistemologia da supremacia de certas categorias identitárias e políticas, as quais procuram minar batalhas políticas de difícil resolução para a igualdade racial e étnica, com o intuito de rearticular uma noção essencialista de uma atitude de privilégio de certos direitos com base nesta noção. O mais impressionante é que esses tipos de discursos tendem a uma implantação audaciosa da retórica dos direitos civis e sociais. Os discursos de ódio causam muito mais que danos à dignidade, envolve mais do que o cometimento de um delito. Eles se produzem a minar um bem público, que pode ser identificado como

uma “garantia implícita” estendida a todos os cidadãos que, por conta de suas crenças, posicionamentos e interesses políticos/culturais, podem ser criticados e rejeitados por alguns de seus compatriotas. No entanto, as vítimas devem ser observadas, até mesmo por esses adversários, como pessoas que tem o mesmo direito de ser membro da sociedade. O discurso de ódio fere uma garantia de pertencimento, da qual a vítima perde a dignidade inquestionável de inclusão. (WALDRON, 2012)

Por isso, minorias precisam estar fortalecidas pelas instituições formais e informais, de maneira a desenvolver a sua visibilidade, porém se os grupos forem mantidos sob imposições de relações de poder os próprios membros começarão a adotar cada vez menos suas identidades e acatarão, de forma submissa, as práticas da maioria. Dessa maneira, é que muitas vezes observam-se as próprias minorias (interna ou externamente) digladiando-se discursivamente entre si, atuando já sob um aspecto de dominação das instituições promovidas pela maioria. (WALZER, 1999, p. 72-73)

A partir dessas novas características de enunciar mensagens de maneira politicamente estratégica, sob um discurso de liberdade, pode-se afirmar que o momento atual é de legitimação do ódio,. O ódio obtém até certa compreensão, sob o argumento de dar coerência à uma liberdade de “gosto” de determinadas culturas religiosas e políticas. É dessa forma que a noção de vítima do ódio, tem sua transformação discursiva, sendo alçada ao campo do “inimigo”. Este inimigo se revelaria em um indivíduo que está em busca de alcançar mais direitos do que os necessários para viver. (GONZÁLEZ, 2007, p. 7)

O sujeito confunde a soberania que o Estado impõe, através dessas normativas jurídicas, com a sua própria soberania. A vontade de todos se resume à vontade majoritária, pertencente às elites governantes. O Direito é mero agente para docilidade das construções institucionais. Ao entrar em cena para estabelecer uma “ordem”, mascara-se o interesse de manutenção da ordem das coisas, ou seja, limita, impede e desestimula a busca pela transformação, já que esta pode desestruturar (e, de fato, desestrutura) a “ordem” definida. Se a ordem está posta, deve ser obedecida. (SANTOS, 2011, p. 141).

Quando se busca em instituições de um sistema apenas o critério de aplicação do e ao Direito imposto, o ente que o estabelece permanece ileso a essa reflexão crítica. Se as conjunturas estão dadas de forma cíclica, relacional, então não se pode deixar de fora uma das partes. Entretanto, o Estado e suas instituições determinam uma materialidade jurídica específica a qual os deixam imunes a esse tipo de crítica: resta a arena política. Esta última, entretanto, é transportada para dentro de gabinetes judiciais que apenas tangenciam politicamente o debate, armando-o juridicamente. O terreno político, dessa forma, fixa-se no campo jurídico.

3 DISCURSO DE ÓDIO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A liberdade de expressão, no Brasil é constitucionalmente garantida como direito fundamental. Disposta no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, em um primeiro momento, a liberdade de expressão é garantia do indivíduo e este goza de plena autonomia para o seu exercício. A limitação que surge, nesse mesmo dispositivo, é a vedação do anonimato. Percebe-se, com isso, que a própria tutela da liberdade de expressão encontra pequeno obstáculo para o seu exercício. Sua autonomia é plena, a fruição é limitada. Antes de citar o ponto da liberdade, a Constituição ainda garante ao indivíduo a liberdade de agir. Dessa maneira, o artigo 5º, inciso II da Carta Magna determina que ninguém é obrigado a fazer algo ou deixar de fazer senão em virtude de lei. O que se tem referido neste dispositivo é justamente a possibilidade do indivíduo de atuar de maneira livre em suas ações, porém sendo limitado com o que dispõe a própria norma constitucional ou conteúdos jurídicos infraconstitucionais.

Em sede de expressão, por exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro possui legislação que tende a punir atos de preconceito que tenha como razão raça, cor, etnia, religião etc. A Lei n. 7.716/1989, aponta os crimes nesse sentido e no seu artigo 20, os crimes de preconceito contra as categorias citadas aponta o exato limite previsto de liberdade de expressão no texto normativo constitucional. Outra norma

que pretende adequar limites da liberdade de expressão, é o crime de injúria qualificada, disposto no artigo 140, §3º do Código Penal.

Para empreender um esforço interpretativo sobre decisões dos tribunais superiores brasileiros, recorreu-se à busca disponibilizada nos sites das instituições. Utilizou-se para isso os termos "discurso" e "ódio". Metodologicamente, a busca por esses termos tem por intuito revelar com que frequência eles estão unidos pela preposição "de", mostrando nexo para a expressão de tentativa de humilhação e redução da identidade alheia por características específicas.

Nesse sentido, nos sites do Tribunal Superior de Justiça e Supremo Tribunal Federal são encontradas muitas decisões em sede de acórdão e em sede de decisão monocrática quando o termo de busca são as palavras "liberdade" e "expressão" ou "liberdade de expressão". Porém, no termo de busca acima citado, foram encontrados trinta e um registros no portal do Superior Tribunal de Justiça, apenas em sede de decisões monocráticas e dois no portal do Supremo Tribunal Federal, estes em sede de acórdão (um caso de 1967: ódio de classe, raça e religião em discurso eleitoral com base na Lei 1.802/53; outro de 2013, em sede de arguição sobre inconstitucionalidade do art. 140, §3º, do Código Penal).

No caso do Supremo Tribunal Federal, é interessante notar um caso paradigmático de preconceito étnico-religioso e que discute ao extremo o exercício da liberdade de expressão, porém não cita as expressões "discurso" e "ódio". É o caso do autor dos livros *Holocausto Judeu ou Alemão?; Nos bastidores da mentira* e *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra*, Siegfried Ellwanger. Suas ideias eram baseadas em um contexto puramente discursivo no sentido de redução da identidade dos judeus. Em sede de *habeas corpus* o autor pleiteava sua liberação, contudo o *habeas corpus* foi negado. Este caso em nada traz referência a discurso de ódio, apesar das expressões "preconceito", "raça" e "racial" encontrarem-se dispersas nos votos dos ministros relatores.[3]

---

[3] Para mais, STF, STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. Brasília, 2003, disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291, acesso em 16 jun 2015 e FRITAS; CASTRO, 2013.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, atente-se para o caso de 1967, em que um indivíduo se dirige a uma rádio, em tempos eleitorais, e emite discursos que visam a deslegitimar classes econômicas, religiões. O caso foi julgado no Supremo Tribunal Federal com base na Lei 1.802/1953, a qual prevê crimes contra a segurança do Estado. Há uma menção à expressão “discurso de ódio”, para confirmar a conduta praticada pelo agente, mas para afirmar que o caso não se referia a expressão de detrimento às classes mencionadas.[4]

Mais um caso que remete às expressões utilizadas como termo de busca, no Supremo Tribunal Federal, ocorreu em sede de arguição de inconstitucionalidade difusa. O autor da ação pleiteava a inconstitucionalidade do artigo 140, §3º do Código Penal. Eis parte da decisão para entender qual o entendimento acerca do caso em questão.

O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio.[...]

Consoante parecer exarado pelo Ministério Público Federal, não se vislumbra a alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade, dado que a pena da figura qualificada surge da necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da dignidade pessoa humana, da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, justificando-se a intervenção do legislador para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja um dos valores tão considerados na sociedade brasileira, que é o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio. (STF, Rel. Min. Luiz Fux. HC-109.676/RJ, Primeira Turma, Dje: 11/06/2013)

Já dentre os trinta e um encontrados, do Superior Tribunal de Justiça, o único caso que expõe o termo “discurso de ódio” é o habeas corpus nº 35.121. Neste

---

[4] Para mais, STF, Rel. Min. Victor Nunes, HC-44.161, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59506, acesso em 16 jun 2015.

caso, constava dos autos que por meio do site www.silviokoerich.org estava sendo promovida a divulgação de vasto conteúdo incitando a violência contra negros, homossexuais e mulheres, bem como a apologia aos crimes de estupro e homicídio, alem de serem abertamente incentivadas condutas relacionadas ao abuso sexual de crianças e adolescentes. (STJ, HC-35121, Rel. Min. Marilza Maynard, DJe 21/03/2013)

Seja a lei, mate um negro hoje.' 'Os negros são uma raça que não tem nada a acrescentar a sociedade. O grande problema do Brasil foi ter utilizado mão de obra escrava. Esta gente nem para escravo serve, são parasitas que só sabem se multiplicar. [...] de que vale a pena se esforçar para estudar ou conseguir algo, se aparece algum MACACO e te rouba os seus méritos porque ele tem direito às cotas sem qualquer esforço??? 'Você está cansado de ser assaltado? Está cansado de toda violência urbana? Está cansado de pagar impostos para custear esses pretos na cadeia, auxilio reclusão e bolsa esmola? Se liga, eu tenho a solução!

Pegue uma arma e atire em vários pretos. Brinque de tiro ao alvo. Já fiz isso muito.

> [...]
> Olha para minha cara: estado inerente de preto é sujeira, como estado inerente de mulher è prostituição. Quando o Brasil ficar, se tornar isso [como a índia], porque todas as loiras miscigenadoras vão trepar um dia com um macaco e não vai mais ter
> brancos que nem eu, homens limpos, homens trabalhadores, ai quero ver o que vai acontecer, vai ter só isso
> [...]
> Agora estamos dispostos a recrutar pessoas, para destruição de gays e ataques, o nosso primeiro plano foi despertar as massas e conseguimos, estabelecemos novos paradigmas, abrimos novos horizontes.[5]

A decisão segue no sentido de determinar que a discussão não se baseia apenas na lógica dos limites da liberdade de expressão mas que

> A conduta atribuída aos investigados é grave, na medida em que estimula o ódio às minorias e à violência a grupos minoritários, através de meio de comunicação facilmente acessível a toda comunidade. Ressalto que o conteúdo das ideias difundidas no site é

[5] Para mais, STJ, HC-35121, Rel. Min. Marilza Maynard, DJe 21/03/2013.

> extremamente violento. Não se trata de manifestação de desapreço ou de desprezo a determinadas categorias de pessoas (o que já não seria aceitável), mas de pregar a tortura e o extermínio de tais grupos, de forma cruel, o que se afigura absolutamente inaceitável. (STJ, HC-35121, Rel. Min. Marilza Maynard, DJe 21/03/2013)

A pouca ocorrência de dados e decisões nos tribunais, os quais relacionam "discurso de ódio" e "liberdade de expressão" parece revelar a forma como é empreendida judicialmente a discussão sobre a inferiorização de determinadas identidades. No que tange às decisões, resta claro que é necessário a visibilidade e a incitação de violência física para que os meandros da liberdade de expressão sejam colocados dentro de certo limite. Este limite, ao que parece, é o que determina a aceitação de casos para tutela jurídica.

Entretanto, conforme Bourdieu (2007), a violência não se reflete apenas no âmbito da externalidade. Muitas vezes, a violência é reflexo de uma estrutura (de forma estruturante e estruturada), a qual permeia as relações na sociedade. Assim, a violência simbólica, forma de coação que se apoia no reconhecimento de uma imposição determinada, seja esta econômica, social ou simbólica, propriamente dita.

Nesse sentido, as próprias ações judiciais só se determinam a partir de um conceito específico de externalidade, pois o que não existe no plano fático não teria relevância no espaço jurídico decisório. É justamente aí que opera a lógica do ódio: sob o argumento de liberdade de expressão, é possível expressar-se ao arrepio dos limites impostos pelas normas constitucionais e inconstitucionais.

Necessário entender que a violência simbólica é amparada pelas agências e instituições dominadoras, as quais utilizam da manutenção das relações de poder mantidas sob uma conexão entre poder e autoridade. A falta de decisões que relacionem ambas as categorias, e a própria escassez de ações individuais ou coletivas sobre discursos de ódio que discutam os limites de liberdade de expressão refletem consequências perversas na sociedade. É que, como a estrutura de discussão sobre os assuntos políticos ainda parece estar atrelada a decisões judiciais, as pessoas parecem necessitar dessa espécie de "apoio judicial" para determinar o que é possível ou não ser dito. Dessa forma, conforme Walzer (1999) e Waldron (2012), é que as opressões

discursivas tendem a se manifestar e se tornam cotidianamente repetidas, sem que com isso sejam percebidas justamente por que está sendo humilhado.

O efeito disso é a formação de um senso comum sobre as múltiplas e plurais identidades que existem nas esferas sociais, o qual se manifesta em uma ideia tacanha de que é possível tudo afirmar sobre qualquer delas, em nome dos desdobramentos da liberdade de expressão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade como corolário da expressão de dignidade humana, não pode se estabelecer de forma única e pura. Dentro de um paradigma liberal extremo, a ideia de liberdade de expressão pode levar ao discurso de ódio, no sentido de deixar portas abertas para um exercício e reprodução de preconceitos e discursos que humilhem pessoas e grupos sociais.

Esse tipo de situação gera enorme segregação social, abandonando minorias e minimizando sua participação política. A liberdade de expressão como fonte dessa forma de segregação, alçada ao patamar de direito fundamental de maior hierarquia determina ainda consequências que levam a pessoa oprimida a acatar o discurso de ódio como sua condição própria, admitindo para si aquelas características nefandas e, além disso, reproduzindo.

É aí o ensejo para a reprodução das violências discursivas contra as minorias. Estas estarão no plano do simbolismo e revelam muito mais que o preconceito do emissor do discurso: revela a estrutura social baseada na segregação e na reprodução desta, sob um véu de liberdades que, contraditoriamente, tem por objetivo a coação alheia.

Os tribunais superiores, ao não vincular os termos e impor medidas limitadoras, expostas nas normas constitucionais e infraconsitucionais, ao exercício da liberdade de expressão, podem deflagrar na sociedade a ideia de que o discurso de ódio talvez nem exista, sendo algo determinado pelos grupos minoritários em uma suposta ânsia de sobrepor suas vontades sobre toda a ordem jurídica e social. Não tornar visível a relação intrínseca entre liberdade de expressão e discurso de ódio

pode garantir a legitimidade para um desenho institucional, baseado na extensa forma estruturada de afastar as minorias do debate político.

A dignidade humana de uma pessoa, baseada em expressões de liberdade, não pode ser revestida com uma carga ilimitada de conteúdo liberal, uma vez que esta pode conflitar com a afirmação da dignidade humana de outra pessoa. Sob essa perspectiva é necessário externalizar, sempre que possível e necessário, a qualidade odiosa do discurso que se emite, para que as instituições formais e informais permitam ao máximo o debate político sobre identidade e afirmação subjetiva.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**, Belo Horizonte: Editora UFMA, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010

BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007

BUTLER, Judith. Mecanismos psíquicos del poder: teoria sobre la sujeción. Madrid: Cátedra, 2001.

DURAND, Gilbert. **O imaginário**. Rio de Janeiro: Difel, 1999

ELIAS, Norbet. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** São Paulo: Loyola. 1996.

______. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 327-355.

GONZÁLEZ, Ángela Sierra. Los discursos del Odio. In: **Cuadernos del Ateneo**. N. 27, 2007. Universidade de La Laguna, Espanha, pp. 5-17.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

______. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LUKÁCS, Gyorgy. História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feira**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

______. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2011.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. London: Harvard University Press, 2012

WALZER, Michael. **Da Tolerância**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A Súmula Vinculante 37 e o *revival* do dogma do legislador negativo

Newton Pereira Ramos Neto[*]

Resumo: O presente ensaio visa examinar o conteúdo da Súmula Vinculante 37 e sua incompatibilidade com a interpretação constitucional contemporânea, construída no âmbito de um sistema de princípios.

Abstract: The present essay aims to examine the content of binding precedent 37 and its incompatibility with the contemporary constitucional interpretation, built under a system of principles.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Liberal, concebido como reação ao modelo absolutista até então existente, verdadeira preponderância foi atribuída ao texto da lei, que, em sua condição sublime de manifestação da vontade popular, passou a ser considerado como instrumento máximo de regência das condutas sociais e mecanismo de demarcação da esfera de intervenção estatal. Pregava-se então a autossuficiência do Direito positivo, que, em razão de sua completude, deveria ser aplicado sem recurso a juízos morais ou políticos, cabendo ao juiz o papel reduzido de enunciar o conteúdo linguístico dos códigos, cuja literalidade supostamente seria capaz de dar solução aos mais variados litígios [6].

O papel do juiz aqui é eminentemente descritivo[7], de modo que cabe a ele, como um observador imparcial, apenas declarar o que fora decidido pela autoridade legislativa, através do catálogo de regras, a partir de critérios semânticos[8]. Norma

---

[*] Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professor Assistente na Universidade Federal do Maranhão. Juiz Federal.
Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4217171J8

[6] Para uma melhor compreensão da evolução do papel do Judiciário na materialização de direitos recomendamos a leitura de TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23 e ss.

[7] Daí afirmar Hans Kelsen que *"a interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas"* (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395).

[8] Sobre o tema, vide também HART. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

jurídica, nessa concepção, é apenas norma válida, para o que se deve abstrair qualquer noção de justiça e eficácia da norma[9].

A derrocada do Estado Liberal, por sua vez, impôs uma mudança de perspectiva no conceito de Constituição. Utilizara-se o constituinte do Estado Social de cláusulas que pretendiam consagrar os compromissos e as diretrizes do Poder Público com a implementação de interesses sociais, enunciando, através de comandos gerais, direitos sociais relativos ao trabalho, à educação, entre outros. O papel do Judiciário, pois, altera-se significativamente com o declínio do paradigma liberal, de modo especial a partir da expansão do constitucionalismo na segunda metade do século XX[10].

No período do pós-guerra, assim, o processo inaugurado com a era das codificações – na qual a lei era exatamente a ferramenta de contenção de um Poder Judiciário que historicamente não inspirava confiança[11] - se inverte, passando o magistrado a construir direitos a partir das denominadas cláusulas programáticas, de nítido caráter aberto[12].

---

[9] Essa perspectiva, entretanto, não afasta a indeterminação inerente ao Direito Positivo, que seria, pois, em parte determinado pelo texto e em parte aberto para o intérprete. Assim, reduzida a texto oficial, a tarefa da ciência do Direito está limitada à descrição do quadro de suas leituras possíveis, ao que se segue a escolha discricionária da autoridade competente no momento de sua aplicação. O papel do Direito, portanto, seria o de limitar o poder discricionário da autoridade que aplica a norma, reduzindo-o ao espectro das interpretações cabíveis a partir de uma moldura definida pelo texto legal (Sobre o tema, vide CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo,* Brasília, DF, n. 5, jan./jun. 1997, p. 40).

[10] No caso brasileiro esse fenômeno tem outro marco inicial: o processo de redemocratização a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, vide o trabalho de BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 13, 2009.

[11] Pelo menos na Europa Continental, posto que esse fenômeno não se repetiu nos Estados Unidos da América.

[12]“A indeterminação do Direito, por sua vez, repercutiria sobre a relação entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da ‘certeza jurídica’. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter do Estado Social, do papel de ‘legislador implícito’.” (VIANNA, Luiz Werneck et all. A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21). Na mesma linha, ressalta Mauro Capelletti que a consagração de direitos econômicos e sociais, notadamente a partir de cláusulas de conteúdo indeterminado, também é elemento que contribui decisivamente para o protagonismo judicial da era contemporânea (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 68).

Nesse contexto, passa-se a engendrar, no plano da filosofia, uma teoria material do Direito a partir da constatação da insufiência do positivismo – notadamente do normativismo kelseniano – como mecanismo de fundamentação do fenômeno jurídico, fugindo-se de uma dicotomia que embalou o pensamento ao longo dos séculos: Direito Natural e Direito Positivo[13]. O Direito moderno, pois, é um sistema marcado por decisões contingentes adotadas em um determinado contexto histórico, apresentando-se como um fenômeno que reproduz a si próprio a partir de fatos sociais, sempre sujeito a mudanças alheias a qualquer compreensão metafísica das fontes normativas[14].

Aqui se evidencia o problema dos limites da atividade jurisdicional, já que as constituições contemporâneas irão favorecer um ambiente de protagonismo do trabalho hermenêutico, que se enriquece e se torna mais complexo à medida em que se exige um incremento na atividade de justificação do resultado decorrente da interpretação das normas e fatos a elas subjacentes.

Nesse contexto, o presente ensaio busca demonstrar o desacerto da Súmula Vinculante 37 – decorrente da Súmula 339 do STF -, ao expressar a ideia de que "não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia". Defende-se que, exatamente em razão da necessidade de materializar-se as diretrizes constitucionais a partir de argumentos de princípio, é possível sim a extensão de vantagens à guisa de observância da isonomia, como, aliás, reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal em hipóteses específicas.

Não se pretende aqui demonstrar a verdade banal, embora negada ou ocultada em todas as épocas, da atividade "criativa" dos tribunais[15]. Antes, pretende-

---

[13] Nesse sentido é a manifestação de Paulo Bonavides na apresentação da obra de Müller (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).
[14] Sobre o tema, vide, entre outros, LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.
[15] Essa afirmação é de Mauro Cappelletti nas premissas de seu trabalho *Juízes legisladores?* No mesmo sentido, FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*: Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 37 e ss. As aspas foram propositalmente colocadas para ilustrar a necessidade de que a visão do papel do Judiciário como uma atividade criativa do Direito seja acolhida com reservas em razão dos perigos que uma compreensão generalizada encerra. Numa concepção democraticamente adequada e à luz do pós-positivismo, a construção da resposta judicial

se discutir como essa função deve ser exercida a fim de compatibilizar-se com um modelo ideal de Estado Democrático de Direito, fugindo, todavia, de uma demasiada atribuição de importância ao princípio democrático a partir do exame, sob a ótica estritamente formal, da legitimidade política dos juízes, como comumente ocorre.

Em verdade, essa última perspectiva revela-se capaz de desviar o foco do debate para um ponto que deve ser tido como essencial, qual seja, a importância dos aspectos substantivos da Constituição, especialmente uma compreensão adequada da igualdade e dos critérios de correção das decisões judiciais à luz da argumentação jurídica, dando margem ao estabelecimento de limites para a realização da Constituição sem socorro a um rígido modelo de separação dos poderes.

2. A SV 37 E A INTEGRIDADE DO DIREITO: A SOLUÇÃO CABÍVEL SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA

2.1. Democracia e premissa majoritária: a proteção dos direitos individuais pode violar a própria Constituição?

Ao adotar-se no discurso acerca da extensão de vantagens remuneratórias uma linha de argumentação que envolve os limites do Judiciário em virtude da separação dos poderes e de sua feição contramajoritária, necessário se torna o enfrentamento da questão relativa às situações em que, por razões diversas, é possível que a tutela de direitos subjetivos entre em aparente rota de colisão com a legislação

---

ocorre dentro ou a partir do próprio sistema normativo, no âmbito de seu modelo de regras e princípios, considerando-se, para tanto, a integridade do Direito e sua interpretação como uma teia inconsútil (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 180 e ss). Pelo menos nessa perspectiva, não há que se falar em livre criação judicial do Direito, no sentido proposto por Hart, como mecanismo de solução dos denominados *hard cases,* para os quais não há uma regra clara de incidência, cabendo ao magistrado decidir a partir de razões morais, éticas etc., exercendo nítida competência legislativa (HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*; *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, New York, v. 71, 1958, p. 593). Não se desconhece, entretanto, que a dicotomia entre revelação e criação do Direito não faz sentido no paradigma pós-positivista, já que o Direito hoje deve ser reconhecido como uma constante prática construtiva e evolutiva.

editada pelos chamados representantes do povo, que supostamente atuam em conformidade com os interesses da maioria.

Nesse tema, sabe-se que a convivência entre o constitucionalismo e a democracia nem sempre é algo simples e harmônico. De fato, na medida em que o constitucionalismo impõe que dadas questões sejam excluídas da esfera coletiva de decisão, porque irrenunciáveis, haverá certa tensão entre essa perspectiva e a ideia de que a democracia se consubstancia no respeito à vontade da maioria.

A preocupação exacerbada com uma postura *self restraint* das Cortes Constitucionais é herdeira exatamente dessa concepção da regra da maioria[16], que, nas sociedades homogêneas do período pré-moderno[17], teve grande valor como forma de solidificar os fundamentos basilares da democracia[18]. Argumenta-se, sob essa ótica, que as construções jurídicas desenvolvidas pelo Poder Judiciário encontram

---

[16] Sobre a regra da maioria, vide o texto: DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Principles for a new political debate. Oxford: Princeton University Press, 2006.

[17] No paradigma pré-moderno – que vai da Antiguidade até o período anterior à Revolução Francesa - o homem era visto como mero instrumento de realização dos interesses da coletividade, de acordo com a origem de seu nascimento. Como anota Menelick de Carvalho Netto, o direito e a organização política aqui representavam *"um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam. O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social, tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas."* (CARVALHO NETTO, Menelick de. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, p. 237-238). No paradigma da modernidade essa concepção será superada, com a diferenciação racional entre o Direito e outras manifestações sociais, passando o homem a ser visto como indivíduo igual em direitos e deveres, uma vez que dotado de razão e vontade. Seu destino não está mais predefino a partir de seu nascimento, mas sujeito às vicissitudes da vida. Sobre a concepção de individualismo em um ambiente democrático, é de extrema clareza a seguinte passagem de Bobbio: *"Há individualismo e individualismo. Há o individualismo de tradição liberal-libertária e o individualismo da tradição democrática. O primeiro arranca o indivíduo do corpo orgânico da sociedade e o faz viver fora do regaço materno, lançando-o ao mundo desconhecido e cheio de perigos da luta pela sobrevivência, onde cada um deve cuidar de si mesmo, em um luta perpétua, exemplificada pelo hobbesiano* bellum ominium contra omnes. *O segundo agrupa-o a outros indivíduos semelhantes a ele, que considera seus semelhantes, para que da sua união a sociedade venha a recompor-se não mais como um todo orgânico do qual saiu, mas como uma associação de indivíduos livres. O primeiro reivindica a liberdade do indivíduo em relação à sociedade. O segundo reconcilia-o com a sociedade fazendo da sociedade o resultado de um livre acordo entre indivíduos inteligentes. O primeiro faz do indivíduo um protagonista absoluto, fora de qualquer vínculo social. O segundo faz dele o protagonista de uma nova sociedade que surge das cinzas da sociedade antiga, na qual as decisões coletivas são tomadas pelos próprios indivíduos ou por seus representantes."* (BOBBIO, Noberto. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e as lições dos clássicos. São Paulo: Campus, 2000, p. 381-382).

[18]Com efeito, na Idade Média foram engendrados os fundamentos da ideia de soberania popular, a partir de quando o povo passou a ser identificado como autoridade e fonte do poder, distinguindo-se titularidade e exercício do poder (BOBBIO, Noberto. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997, p. 321).

óbice intransponível na estrutura inerente aos países democráticos, em que deve prevalecer a vontade da maioria, no caso representada pelas ações do Legislativo e Executivo, dada a feição contramajoritária do controle jurisdicional (*countermajoritarian difficulty*)[19].

Esse ponto de vista transfere a solução dessa temática para um aspecto meramente formal, em detrimento do ponto essencial que permitirá reconhecer a legitimidade ou não de uma decisão: a qualidade do argumento utilizado. Ou seja, discute-se quem deve ser o autor da interpretação – se os juízes ou o povo, por meio de seus representantes -, quando o foco principal da questão deve ser o que a Constituição significa, e não quem deve nos dizer o seu significado[20].

Expõe-se, nesse contexto, uma suposta antítese entre democracia e realização dos direitos fundamentais. Na realidade, a questão está em definir-se como adequadamente se deve compreender a própria democracia, que deve permitir o desenvolvimento concomitante da autonomia individual e coletiva, através do diálogo, da participação da sociedade como um todo.

A premissa majoritária pressupõe que, nos procedimentos políticos, a decisão alcançada seja a desejada pela maioria dos cidadãos. Todavia, esse objetivo do procedimento político, embora consista em parte do ideal democrático, não se confunde com a própria noção de democracia.

De fato, a democracia, identificada como governo do povo, pressupõe a participação de todos os afetados no processo decisório. Daí surge a necessidade de adoção de medidas acautelatórias que assegurem a participação coletiva de todos os interessados. É isso que permite a uma maioria ser qualificada como tal, sem prejuízo da preservação dos direitos das minorias[21].

---

[19] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 114-115.
[20] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade.* A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.
[21] Com efeito, as minorias demandam especial proteção do Estado, uma vez que a simples participação nos espaços públicos de comunicação e decisão não se afigura capaz de, por si só, garantir a tutela dos interesses desses grupos minoritários. O grande desafio, pois, está em estabelecer-se o limite adequado dessa intervenção a fim de evitar-se, a partir de um paternalismo judicial, uma erosão das decisões políticas legitimamente adotadas.

Habermas, baseado em sua teoria do agir comunicativo, irá conceber como finalidade do princípio democrático a produção legítima de normas jurídicas. Para esse princípio, somente podem pretender validade legítima as normas jurídicas que, a partir de um processo discursivo, encontrem assentimento na comunidade jurídica como um todo, que será composta por membros livres e iguais que se associam voluntariamente[22].

Parte o autor da ideia de que há uma coesão interna entre direitos fundamentais e democracia. Assim, somente será possível falar-se em autonomia política do cidadão – ideia inata à própria regularidade do procedimento democrático – se ele assumir o papel de titular de direitos. Com isso, o equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública será essencial para o regular funcionamento da democracia, já que não há como se conceber a participação política efetiva através dos direitos políticos sem que sejam assegurados os direitos individuais vitais – a co-originariedade ou equiprimordialidade entre a autonomia pública e privada.

Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. De outro lado, os cidadãos só podem gozar simetricamente sua autonomia privada se fizerem uso adequado de sua autonomia política, de forma que os destinatários do direito se vejam, ao mesmo tempo, como seus autores[23].

---

[22] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez.* Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005, p. 175.
[23]HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155. É importante lembrar que a autonomia privada dos cidadãos pressupõe o asseguramento de mínimos existenciais capazes de realizar efetivamente os ideais de igualdade e liberdade. Na medida em que inexistentes garantias básicas de saúde, educação etc., não se pode falar em liberdade individual que permita a participação legítima dos cidadãos nos processos públicos decisórios (autonomia pública). Sem condições básicas de existência digna que garantam a emancipação social, portanto, é impossível conceber-se o adequado funcionamento do processo democrático. Nesse sentido, entre outros, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro:Renovar, 2003, p. 323 e ss.

Não se pode olvidar, portanto, que, a par da necessidade de prestigiar-se a vontade da maioria, existem direitos individuais que precisam ser respeitados por esta mesma maioria. A afronta ao princípio da igualdade feita por decisão da maioria, para ilustrar, comporta correção a partir de decisão contramajoritária. Tudo para que se mantenha o equilíbrio de forças no jogo democrático.

O fato é que o respeito absoluto à vontade da maioria – no sentido de adotarem-se decisões que supostame nte seriam tomadas pela maioria dos cidadãos – não se caracteriza nem como meta nem como definição da democracia. A essência da democracia, na realidade, está na tomada de decisões coletivas por instituições que, no âmbito de seus procedimentos, adotem um ideal de igual consideração e respeito por todos os indivíduos.

Daí ressaltar Alexy que os direitos fundamentais são compatíveis com a democracia, embora inspirem certa desconfiança em relação ao processo democrático. Isto porque, ao vincularem o legislador, encontram-se fora do processo decisório da maioria parlamentar, servindo como sustentáculo, em última instância, da própria democracia[24]. Os direitos fundamentais, assim, vão funcionar não apenas como um limite à democracia, mas como condição essencial para seu próprio reconhecimento. Se um tribunal tem fortes motivos jurídicos para negar à maioria a restrição a certas liberdades individuais, essa decisão, antes de prejudicar, fortalece os valores democráticos.

Daí falar Dworkin nos direitos como trunfos políticos que funcionam como limites ao princípio majoritário[25]. Nesse contexto, não se deve falar em um conflito entre os direitos individuais e o interesse coletivo, na medida em que ambos devem estar fundamentados num ideal de igualdade. O vínculo da democracia com a vontade majoritária não equivale a uma carta de alforria voluntarista em favor das

---

[24] Cf. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

[25] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV.

maiorias, já que a garantia jurídica segundo a qual é possível fazer-se tudo o que a lei não vede é o núcleo da autonomia privada, e não da pública[26].

Há de se superar, pois, a concepção majoritária de democracia para atingirmos uma concepção comunitária. Nesta exige-se que cada cidadão não só tenha uma participação igual no governo, mas também dele receba o mesmo respeito e seja objeto da mesma consideração que os demais cidadãos[27].

A liberdade coletiva, portanto, não pode ser assegurada quando seu reconhecimento importa em asfixia dos interesses individuais, quando sua observância cega pode ganhar inclusive características totalitárias. Aliás, especialmente em tempos de pluralismo cultural e social, como ocorre na era contemporânea, a centralização do debate democrático em uma perspectiva majoritária pode importar em sufocamento das aspirações das minorias precariamente representadas nos foros políticos.

Nesse contexto, apenas de modo aparente é possível falar-se na existência de um paradoxo entre direitos fundamentais e democracia, que, uma vez unidos, formariam o denominado Estado Democrático de Direito. Como dito antes, a garantia dos direitos fundamentais torna possível a existência da própria democracia. Desse modo, os direitos humanos possuem um valor intrínseco, que não se esgota num valor instrumental em prol da formação democrática da vontade[28].

---

[26] Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? p. 155-156.

[27] DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade, p. 112. Daí afirmar Dieter Grimm que "parece difícil adotar um conceito de democracia que seja puramente formal. Primeiro, um conceito de democracia baseado somente no princípio majoritário é incapaz de assegurar eficazmente um governo democrático. Ele não previne a maioria de abolir a regra da maioria. Foi isso que ocorreu na Alemanha em 1933 – uma experiência que teve grande impacto na história legislativa da Lei Básica. Segundo, a democracia, ainda que identificada com a regra da maioria, fica difícil de ser concebida sem umas garantias adicionais para o funcionamento do processo democrático. Liberdade de expressão e informação são, indiscutivelmente, as mais importantes. A proteção da minoria é outra garantia cuja ausência diminui sensivelmente as chances de uma mudança democrática."(GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, ano 01, n. 4, p. 03-22, out./dez. 2006, p. 8-9).

[28] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003, p. 08. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2011.

Em sendo assim, a relação entre direitos humanos e soberania popular irá conduzir à compreensão de que o Estado de Direito não pode sobreviver sem democracia participativa. A relação entre autonomia privada e autonomia pública é que garante a legitimidade do Estado, já que os destinatários do Direito precisam sentir-se também como seus elaboradores, numa sincronia capaz de gerar a aceitação racional das consequências e efeitos das normas estabelecidas[29]. Os direitos fundamentais são, nesses termos, condição essencial da formação democrática da opinião e da vontade, não devendo ser somente impostos como limites ao exercício do poder político, nem meramente instrumentalizados politicamente. Maiorias e minorias, pois, formam-se dinamicamente no exercício desses direitos, ao longo do processo político-democrático.

A par de tudo o que foi dito, obviamente que, ao tomar para si a competência para decidir questões sobre direitos, os tribunais encontram-se suscetíveis de erros, consubstanciados na possibilidade de invasão da esfera legítima de deliberação da sociedade, apropriando-se de forma indevida, inclusive, da definição do que seja vontade geral e interesse coletivo. Mas essa possibilidade de erro é simétrica[30]. É dizer, nada obsta que a legislação majoritariamente adotada viole as condições democráticas, frustrando direitos e expectativas daqueles representados nos foros políticos. Daí poder-se concluir, com Dworkin, que a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada[31].

2.2. O constitucionalismo atual permite a sobrevivência do dogma do legislador negativo?

Embora pareça evidente que o constitucionalismo moderno não se contenta com a ideia de um juiz ventríloquo, limitado semanticamente em sua

---

[29]GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*: application discourses in morality and law. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993, p. 251.
[30] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade,* p. 50.
[31] *Ibidem,* p. 50. Entendida a premissa majoritária aqui no sentido de um óbice ao funcionamento da jurisdição constitucional, já que, no ambiente democrático, não se pode abstrair por completo a vontade da maioria, embora não se possa elevá-la também à condição de critério absoluto para a definição dos destinos da sociedade, como restou dito ao longo do texto.

atividade por um texto normativo que se pretende capaz de dar cabo de todos os problemas emergentes em uma sociedade complexa, a definição dos limites da atividade jurisdicional no campo da interpretação é tema que continua a atormentar a doutrina e os tribunais.

Nesse campo, embora essa afirmativa possa apresentar-se como surpreendente, o modelo de sistema jurídico proposto por Kelsen continua se apresentando como atual, pelo menos na visão de boa parte das cortes judiciais, notadamente no Brasil[32]. É que, ao assumir-se uma postura segundo a qual o papel do Direito é o de prover certeza e regulação, acolhe-se uma tendência positivista exatamente em virtude de uma visão ontológica do Direito caracterizado como decisões explícitas do passado, tomadas pelas autoridades então competentes, e que podem ser facilmente lidas e conhecidas.

Daí asseverar Menelick de Carvalho Netto que ainda não conseguimos superar o paradigma da modernidade, já que, a partir do uso da razão como ferramenta pretensamente capaz de dar cabo das diversas demandas sociais, continuamos a buscar uma segurança jurídica que não é dado ao Direito assegurar [33].

Para Kelsen, a necessidade de se restringir o poder dos tribunais e, assim, o caráter político de sua função, impunha o dever de limitar o máximo possível a margem de "discricionariedade" na interpretação das leis, de modo que as normas deveriam ser editadas evitando-se fórmulas demasiado vagas, como "liberdade", "igualdade" e "justiça" [34]. É dizer: embora os tribunais constitucionais exerçam efetiva função política – na medida em que a anulação de uma lei produz efeitos gerais tanto quanto a edição prévia do ato normativo -, essa atividade deveria ser realizada apenas em caráter negativo, afastando-se qualquer possibilidade de violação à separação de

---

[32]"Considerada na sua totalidade, a bibliografia científica também opera num nível de método que ainda não encontrou uma concepção superadora do positivismo legalista, mas que ao mesmo tempo descobre como multiplamente insuficientes na práxis as possibilidades de interpretação ou concretização da constituição, próprias do positivismo legalista, transcendendo-as sem a fundamentação que se deveria esperar." (MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho de direito constitucional, p. 21).

[33] Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito, p. 49.

[34] KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 262.

poderes, já que a exclusão jurisdicional de normas jurídicas do ordenamento é absolutamente determinada pela própria Constituição[35].

A premissa de que partia Kelsen, todavia, é completamente diversa dos anseios que embalam o constitucionalismo contemporâneo. Isto porque o modelo kelseniano do "legislador negativo" somente fazia sentido no contexto do controle de constitucionalidade europeu, no qual, segundo a concepção do referido autor, não deveria existir espaço para decisões fundamentadas em princípios.

Cabia à jurisdição constitucional proceder à defesa da Constituição e mesmo dos interesses das minorias, desde que expressamente albergados naquele texto. Porém, na medida em que a norma constitucional tinha o papel de apenas traçar as linhas mestras do sistema jurídico, com o estabelecimento de um conteúdo incipiente de direitos individuais que atuariam na condição de verdadeiros limites de atuação negativa do Estado, essa função protetiva das minorias afigurava-se extremamente reduzida. Na verdade, sob o pálio do dogma do legislador negativo impunha-se a vedação de uma atuação proativa capaz de, a partir de uma contextualização histórica e social, reconhecer direitos implícitos e inerentes ao sistema como um todo.

Ora, diante de uma Constituição recheada de normas abertas, que assumem verdadeiros compromissos positivos com a implementação de direitos individuais e sociais e com a materialização dos princípios que regem o convívio na sociedade contemporânea, uma pretensão restritiva da atividade dos tribunais, ao contrário de preservar normativamente o conteúdo do texto constitucional, teria exatamente o efeito inverso: o de tornar a Constituição a simples folha de papel de que falava Lassale[36].

Daí afirmar-se que a ideia do legislador negativo surgiu, no constitucionalismo europeu, como um argumento formal contra a possibilidade do ativismo judicial, relacionando-se à ideia de "constituição-moldura", a qual teria o

---

[35] KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-153.

[36] Sobre o tema, vide LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

papel de apenas definir os limites em que é permitida a atuação do Poder Legislativo. Nesse contexto, caberia ao tribunal constitucional, sob uma perspectiva estritamente formal, verificar tão somente se o legislador obedece aos limites da moldura estabelecida pela norma constituinte, sem qualquer consideração acerca do conteúdo a partir do qual ela é preenchida[37]. Trata-se, pois, de uma ideia própria do constitucionalismo liberal e das constituições denominadas de "sintéticas", especialmente aquelas que se limitavam ao estabelecimento dos direitos fundamentais "clássicos", isto é, aqueles com nítida feição negativa e que serviam de defesa do indivíduo contra a ingerência estatal em sua esfera privada.

Trata-se a Constituição contemporânea, portanto, de uma carta de princípios que deve ser lida como um sistema coerente que impõe duas responsabilidades essenciais aos juízes: uma, que os juízes estão obrigados a decidir de acordo com princípios gerais que obrigatoriamente possam ser associados aos textos abstratos contidos na Constituição; duas, que esses princípios devem ser respeitados mesmo que a solução imposta seja controversa e não goze de prestígio popular[38].

A leitura moral da Constituição, portanto, traduz-se na necessidade de compatibilização da legislação e das decisões judiciais com os princípios morais e direitos fundamentais encartados na Carta Magna. Esta, a seu turno, conduz a uma inserção da moralidade política no âmbito do Direito Constitucional, cujo poder de interpretação, na maior parte dos sistemas modernos, está nas mãos dos juízes, a par da carga de incerteza que essa atribuição implique[39], uma vez que não há como fugir das possíveis discordâncias sobre a maneira correta pela qual esses princípios devem ser incorporados às controvérsias políticas concretas.

Sob outra perspectiva, como ressalta Dworkin, essa visão da Constituição, notadamente sua submissão a uma leitura moral, é considerada por alguns como razão de enfraquecimento da própria noção de comunidade, já que as decisões

---

[37]Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _______________ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.
[38] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade,* p. 202.
[39] Cf. *Ibidem*, p. 202.

políticas mais fundamentais ficariam a cargo de uma elite de profissionais do direito[40].

Olvidam-se, porém, que, embora se trate de questão empírica complexa, o debate público que precede ou sucede determinada decisão judicial pode ensejar uma maior contribuição do cidadão individualmente considerado do que as lutas de forças antagônicas que culminam com a votação no Legislativo, como já ressaltado antes. Isto porque, em dadas circunstâncias, os cidadãos podem exercer melhor sua cidadania diante de decisões jurídicas baseadas em princípios do que em face de decisões políticas baseadas em votação numérica, as quais, muitas vezes, levam em conta posições conciliatórias incompatíveis com questões de princípio[41].

Aqui é importante registrar que, embora a leitura moral costume ser relacionada a uma perspectiva denominada de ativista, o fato é essa estratégia de interpretação não pode ser adjetivada nem de liberal ou conservadora. É que os juízes cujas convicções políticas são conservadoras tendem a interpretar os princípios constitucionais da mesma maneira. A seu turno, aqueles inclinados para concepções mais liberais tendem, no processo interpretativo, a atuar também de maneira liberal.

Assim, há que se reconhecer que, na realidade, a leitura moral não tem nada de revolucionária[42]. Em seu trabalho cotidiano todos os que atuam no campo da interpretação das leis reconhecem – ainda que implicitamente – a existência de cláusulas abstratas que somente podem ser examinadas a partir de juízos morais. Essa perspectiva, em verdade, consiste apenas em fingir-se que os casos constitucionais difíceis podem ser decididos de maneira moralmente neutra, desde que o intérprete se mantenha limitado pelo texto normativo.

Não se trata, por outro lado, de eliminarem-se os limites que separam o Direito e a Moral, mas apenas de reconhecer-se a interconexão existente entre ambos,

---

[40] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade,* p. 44 e ss.
[41] Cf. *Ibidem,* p. 46-47. Exemplificativamente, veja-se o recente debate, entre nós, acerca da constitucionalidade da denominada "Lei da Ficha Limpa". Embora o clamor social propugne manifestamente pela manutenção da referida lei, diversas questões constitucionais suscitam o debate acerca de sua validade, questões estas relevantes principalmente para as minorias por ela atingidas – no caso, os políticos considerados enquadrados em seus dispositivos. Independente de qualquer compromisso com as teses jurídicas subjacentes a este tema, somente a discussão nos foros judiciais é capaz de dar voz àqueles que se sentem prejudicados pela edição da norma.
[42] Ibidem, p. 4.

já que o Direito, em seu processo de justificação, estará sempre aberto a argumentações morais. Habermas, nesse contexto, irá propugnar por uma relação de complementariedade ou cooriginariedade entre o Direito e a Moral[43], na medida em que, através do processo legislativo, penetram no Direito razões morais, de modo que não se pode falar em uma neutralidade moral do Direito[44].

Dessarte, a Constituição dos países democráticos deve ser vista como um projeto aberto para o futuro, que deve ser relido e reafirmado pelas novas gerações, como um elemento falível e, consequentemente, sujeito a um processo de aprendizagem que em si mesmo busca a correção[45]. Desse modo, o projeto da Constituição somente pode ganhar viabilidade e consistência a partir da interpretação constitucional. Daí afirmar Rosenfeld que o discurso constitucional deve ser construído a partir de um texto que se localiza em seu próprio contexto, que, por sua vez, é aberto a finalidades e está sujeito a transformações ao longo do tempo, de modo que o sujeito constitucional deve inventar e reinventar a sua identidade a partir de fragmentos que precisam ser projetados em um passado e futuro incertos[46].

Essa perspectiva, logicamente, importará em um esvaziamento semântico dos direitos fundamentais, que não podem mais ser compreendidos como um conjunto finito de direitos positivados[47], devendo ser absorvidos a partir de sua total complexidade e potencialidade, que extrapola em muito o texto normativo. A inserção dos chamados conceitos indeterminados no ordenamento jurídico, aliás, nos conduzirá à necessidade de reconhecimento de sua tessitura aberta ou principiológica, de modo que ele – o ordenamento – somente pode ser conhecido em

---

[43] Isto a partir da publicação de *Faticidade e validade.* Até a elaboração de suas *Tanner Lectures,* Habermas defendeu uma espécie relação de subordinação entre o direito e a moral. Aliás, quando da elaboração de sua Teoria do Agir Comunicativo, Habermas considerava o Direito um caso especial de argumentação da moral, o que vem a ser mitigado na segunda fase de sua obra, quando passa à ideia de uma justificação moral do Direito. Nesse sentido, CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 04 e ss.
[44] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez,* p. 651.
[45] Cf. HABERMAS, Jürgen. *Era das transições.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.
[46] ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 39.
[47] VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça, p. 245.

sua plenitude a partir da mediação entre os textos normativos e a singularidade das situações de aplicação – casos concretos.

Os direitos fundamentais, ainda, são promessas que tentam evitar o passado, corrigindo os erros de épocas pretéritas, e sua manutenção no futuro pressupõe sua abertura e o desnaturamento, muitas vezes, de uma concepção inicial[48]. Tal perspectiva abre um grande espaço de atuação para os mais variados intérpretes, especialmente os tribunais – ainda que isso não seja do agrado de todos[49].

O ativismo judicial, portanto, trata-se de fenômeno inevitável, já que a verdadeira materialização da Constituição, em face de sua acentuada carga principiológica, depende da existência de juízes capazes de buscar, no consenso e dissenso da sociedade, respostas para os mais variados e complexos conflitos, ainda que as soluções apontadas estejam sujeitas a constantes críticas e reformulações.

Essa visão do processo de interpretação constitucional, aliada a uma argumentação que se volte à proteção de princípios encartados na Constituição, parece ser suficiente para evitar-se uma livre criação do Direito a partir de escolhas arbitrárias, à luz de uma espécie de niilismo constitucional[50], na medida em que se exige do intérprete que esteja atento às tradições e à moralidade pública vigente, à luz

---

[48] Sobre essa perspectiva, veja-se LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996; CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, MG, n. 39, jan./ jun. 2001.

[49] Pertinente registrar, nesse contexto, que mesmo Kelsen, após o giro decisionista ocorrido após a 2ª edição de Teoria Pura do Direito, na década de 60, passou a reconhecer que as relações entre norma geral e sua aplicação individual constituem partes distintas do mesmo ordenamento. Para o autor positivista, assim, há uma parte indeterminada no direito, que caberá ao intérprete – e em especial ao magistrado – preencher a partir da moldura estabelecida pelo legislador – as interpretações possíveis. Embora a tese do autor não possa ser acolhida como forma de compreender que a atividade do julgador é, em um primeiro momento, um ato cognoscitivo, mas, em um segundo momento, um ato de vontade, incontrolável pelo direito e norteado por elementos morais ou políticos, a visão kelseniana serve para demonstrar a incompletude do texto como mecanismo de revelação do direito.

[50] O niilismo constitui-se em uma perspectiva filosófica que prega a desvalorização do sentido e das buscas por respostas precisas. No âmbito da interpretação, consiste numa espécie de resignação diante das múltiplas possibilidades interpretativas do texto. Isto porque o niilista, ao considerar que diversas opções interpretativas são válidas, conclui que qualquer uma delas é legítima, tratando-se, pois, de mera escolha do intérprete ao sabor de suas preferências pessoais. Desse modo, qualquer esforço argumentativo carece de maior validade (vide PECORARO, Rossano. *Niilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005). Pode-se ressaltar, assim, que o niilismo irá desaguar no decisionismo judicial.

dos princípios constitucionais, buscando resultados coerentes com o Direito como um todo[51]. Assim, embora haja um desafio a ser enfrentado no que tange à demonstração de que a decisão judicial não está fundada em pautas arbitrárias de valores, derivadas de singulares preferências do julgador, a dificuldade de se provar a validade de um argumento não o coloca em pé de igualdade com qualquer outro, de modo a dizer-se que todos eles são defensáveis[52].

Em verdade, a melhor interpretação deve ser capaz de demonstrar que agrega valores expressos e não expressos na Constituição. Portanto, não se trata de defender uma visão da Constituição como um navio com uma grande vela, mas sem âncora[53], a ser conduzido por juízes equiparados a reis-filósofos. Ao contrário, o caráter normativo da Constituição assegura que sua interpretação deve estar vinculada à história, à prática judicial e ao ideal de integridade do Direito.

Obviamente que, na interpretação desses direitos controversos, juízes diferentes poderão chegar a resultados diferentes sobre quais são os princípios que conduzem à melhor compreensão da Constituição. A ausência de neutralidade nesse campo levará estes juízes, aliás, a se apoiarem, sobretudo, em suas próprias convicções sobre qual é o melhor argumento. Mas essa controvérsia e insegurança são imanentes ao exame de uma Constituição concebida como uma carta recheada de princípios e não como uma coletânea de normas casuísticas. Somente a exposição transparente dos argumentos pode permitir o controle e a evolução do Direito a partir do debate público.

---

[51] Sobre o tema, vide especificamente DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério,* p. 127 e ss; *O império do Direito,* p. 55 e ss. Essa visão, aliás, parece suplantar a preocupação de autores como Cass Sunstein (vide SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009), para quem transformações sociais e mudanças estruturais da sociedade devem ser realizadas pelas classes políticas, na medida em que o Judiciário não possui condições técnicas de imiscuir-se nessa seara.

[52] TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 18.

[53] A ilustração é de Lorde Macaulay em carta endereçada a H. S. Randall (Cf. *Ibidem,* p. 17).

2.3. Os caminhos hermenêuticos do constitucionalismo moderno

Na perspectiva do pós-positivismo, o Direito deve ser reconhecido como uma prática construtiva, calcada em argumentos racionais e, por consequência, controláveis. Nesse contexto, a simples ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos. Mesmo nos denominados casos difíceis, pois, o magistrado continua a possuir o ônus de descobrir os direitos das partes.

Embora reconhecendo que o Direito não se esgota nas regras claramente estabelecidas, a visão aqui defendida pretende apresentar-se como uma ferramenta capaz de evitar um subjetivismo que deságue no próprio autoritarismo.

Reconhecido o Direito como um sistema de princípios, é possível separarem-se as escolhas jurídicas das escolhas propriamente políticas. Essa linha de pensamento não propõe, como poderia parecer em uma primeira leitura, a substituição do catálogo de regras por um rol exaustivo de princípios. Na verdade, os princípios não se encontram dados no sistema, sendo controversos e modificáveis ao longo da história da humanidade, dependendo sua afirmação de interpretações da prática jurídica cotidiana.

Nesse campo, aliás, como visto alhures, em nome de princípios de moralidade política a sociedade clama inclusive por soluções contramajoritárias. Com efeito, na medida em que os princípios não se constituem em padrões metajurídicos, como queria o positivismo, sua aplicação torna-se obrigatória no âmbito do sistema jurídico, de modo que os juízes estão jungidos à elaboração da melhor interpretação do caso, devendo aferir a existência dos direitos mesmo diante das lacunas que as regras estabelecidas possam impor.

O Direito, assim, revela-se como uma teia inconsútil[54], um sistema capaz de dar resposta a todos os casos a partir de sua interpretação coerente. Ao afirmar a existência de um direito fundamental, portanto, deve o juiz demonstrar a coerência

---

[54] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 180.

dessa afirmação com precedentes anteriores, bem assim com os princípios constitucionais, que funcionam como “barreiras de fogo”.

Afasta-se, assim, a busca incessante do positivismo por uma solução segura capaz de eliminar os problemas de interpretação. Em vez de eliminá-los, o pós-positivismo assume o fato de que esses problemas são inerentes à vida em sociedade e busca, portanto, apenas formas de lidar com eles. Parte-se da premissa que não existem procedimentos mecânicos capazes de demonstrar os direitos das pessoas. Ao contrário, os casos difíceis são inerentes ao mundo em que vivemos, tanto no âmbito da política quanto do Direito, sendo certo que juristas criteriosos divergirão acerca desses direitos[55].

Se assim ocorre, é forçoso reconhecer que, dadas certas circunstâncias, os juízes devem sim criar direitos novos, seja essa criação dissimulada ou explícita[56]. Essa assertiva, todavia, não prejudica a ideia de que os juízes devem uma deferência limitada às instituições legislativas, já que o processo de interpretação tem seu início – embora nem sempre tenha o seu fim – no labor daqueles eleitos pela população para dirigir seu destino e editar as leis a que ela se subordinará.

Por outro lado, mesmo partindo dessas premissas não é possível imaginar-se uma imunidade judicial ao erro. Por óbvio, os tribunais podem extrair conclusões equivocadas sobre os direitos implícitos que reconhecem. Mas essa possibilidade está longe de ser um defeito exclusivo de uma atividade tida por original dos tribunais. Ao contrário, a possibilidade de erro é imanente à tarefa interpretativa, mesmo para aqueles que se consideram tolhidos de qualquer competência inovadora[57].

Mas qual o limite dessa função judicial, preocupação essa essencial para que a atividade dos magistrados não se confunda com a dos legisladores?

Assim, para fugirem à pretensão de atuar como legisladores, os juízes devem evitar a argumentação própria da seara política, adotando como razões de decidir questões que envolvam o bem-estar social e a realização de interesses

---

[55] *Ibidem,* p. XIX.
[56] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 128.
[57] *Ibidem,* p. 135.

coletivos, debate este próprio da arena dos representantes do povo[58]. Ao contrário, diante de um caso a solucionar, devem os juízes investigar se existem direitos a ser tutelados exclusivamente à luz dos princípios inseridos explícita ou implicitamente no ordenamento jurídico[59]. Na hipótese de conclusão negativa caberá ao Judiciário relegar ao plano político a solução do problema a ele apresentado.

Nesse contexto, os argumentos de princípios se dirigem à tutela de direitos individuais, já que os próprios princípios estão voltados à descrição de direitos; os argumentos de política estão destinados a estabelecer um objetivo coletivo, porque a política descreve exatamente objetivos desta natureza e se liga a metas coletivas que estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma sociedade.

Mas essa distinção nem sempre é clara e fácil de ser percebida na realidade concreta, de modo que uma decisão, muitas vezes, pode estar baseada tanto em um fundamento como em outro. A legitimidade da decisão estará exatamente na possibilidade de sustentar-se à luz de direitos que possam ser reconhecidos como pertencentes a pessoas ou grupos numa dada hipótese concreta.

Relevante, aqui, também recordamos a dicotomia elaborada por Klaus Günther, que distingue os discursos de justificação dos discursos de aplicação a partir da ideia de separação entre questões referentes à validade da norma (*dimensão da validade*) e questões referentes ao seu âmbito de aplicação (*dimensão da adequabilidade*)[60].

Parte-se da premissa de que nenhuma norma é perfeita, no sentido de ser capaz de aprioristicamente regular suas condições de aplicação[61], de forma que, por

---

[58] Sobre a inclusão de questões políticas no discurso judicial, ressalta Dworkin também que a corte deve tomar decisões acerca de princípios e não de políticas, decisões sobre quais direitos as pessoas possuem no âmbito do sistema constitucional ao invés de decisões acerca de como o bem-estar geral é promovido (sobre o tema, vide o texto: DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. *In New York University Law Review*, n. 56, 1981).

[59] "Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo." (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 129).

[60] Sobre o tema, vide GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*, p. 11 e ss.

[61] GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, nº 6, 2000, p. 87.

ocasião da materialização da norma, há de se considerar os sinais característicos da hipótese concreta.

Num primeiro momento, cuida-se de verificar se determinada norma é válida, partindo-se da premissa de que se trata de norma construída num ambiente de decisão em que todos os possíveis destinatários do regramento possam a ele assentir na qualidade de participantes de discursos racionais, segundo a lógica habermasiana[62]. É dizer, a validade da norma estará condicionada ao fato de serem levados em consideração, nos debates que precedem a elaboração do regramento, os interesses de todos os envolvidos. É nessa seara que se fala em discurso de justificação, no qual cabe definir, a partir de uma ação comunicativa com a participação dos possíveis afetados, quais os interesses que devem ser protegidos na via estatal por ação do Poder Legislativo. Nesse âmbito, aliás, cabem argumentos pragmáticos, éticos, políticos e morais que possam influenciar a decisão tomada.

Num segundo momento, é possível falar-se no discurso de aplicação, no âmbito do qual cabe definir qual a norma adequada que deve ser aplicada a uma dada hipótese concreta – única e irrepetível - dentre as diversas normas válidas elaboradas a partir dos discursos de justificação.

Aqui, cabe lembrar que, diante de um caso concreto, diversas normas apresentam-se como aplicáveis *a priori*. No momento da aplicação efetiva, porém, é preciso considerar todas as circunstâncias que individualizam o caso concreto, de modo a encontrar a fundamentação que melhor justifique a resposta apresentada. Assim, a validade de uma norma abstrata não significa sua aplicação generalizada, porque no plano da justificação e fundamentação as normas concorrem com outras normas igualmente válidas. No campo da materialização da norma, pois, deve se considerar todas as variáveis que, a partir de uma argumentação consistente, justifiquem determinada solução concreta[63].

---

[62] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral:* justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 67.
[63] Vide MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV,* São Paulo, v. 1, n. 3, jan./jun. 2006, p. 245.

Essa perspectiva, de outro giro, afasta a noção de segurança jurídica presente no ideal positivista, que se centrava numa possível previsibilidade de resultados baseada na expectativa de comportamentos já definidos no ordenamento formal, para compreender-se, hoje, como uma garantia do direito de participação nos processos decisórios do Estado[64] e – por que não dizer – de soluções judiciais alcançadas por uma argumentação exaustiva que leve em consideração os diversos interesses em jogo.

Não há margem, portanto, para a discricionariedade judicial[65], que conduziria o magistrado – aqui sim – a atuar como legislador, ferindo a separação de poderes e a autonomia pública, uma vez que a criação de regras casuísticas usurpa a função legislativa do próprio cidadão, a ser exercida direta ou indiretamente por seus representantes eleitos.

Aqui é importante ressaltar, como mencionado alhures, que a postura de deferência excessiva do STF para com o Legislativo importará em manifesta incompatibilidade com a tendência ativista que aquela Corte vem demonstrando nos últimos anos, inclusive em hipóteses que não se justificam do ponto de vista da democracia, porque não se baseiam na simples tutela de direitos e princípios[66].

---

[64] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, p. 291.

[65] Dworkin diferencia a discricionariedade judicial em sentidos forte e fraco do termo. Na primeira hipótese, refere-se à possibilidade de que os juízes não estejam vinculados a padrões de nenhuma autoridade para decidir casos difíceis, possuindo a liberdade de escolha a partir de critérios políticos, morais etc. Na segunda hipótese, refere-se à capacidade do sujeito de interpretar o direito segundo suas próprias convicções. Embora o autor rechace a primeira situação, já que não há uma discricionariedade nesse sentido à vista da completude do sistema jurídico, compreendido como um conjunto de regras e princípios, a segunda abrange tão-somente a noção de que o ato de decidir depende do próprio discernimento daquele que julga, definição que é inerente a essa atividade intelectiva. Assim, nessa última concepção a discricionariedade nada mais é do que a capacidade de julgar, já que a aplicação dos padrões estabelecidos nem sempre se dá mecanicamente, especialmente quando o contexto não é por si só esclarecedor (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério,* p. 51-55.)

[66] Exemplificativamente, no julgamento da ADin 3510/DF, referente ao uso em pesquisas de células-tronco, diversos votos proferidos naquela instância foram no sentido de acrescer condições relativas à possibilidade de utilização dos embriões. Tais adições justificar-se-iam como forma de aprimorar a lei, tornando-a compatível com o sistema constitucional. Por seu turno, no RE 91.707/MG o STF, mesmo sem um parâmetro constitucional objetivo, procedeu à alteração de percentual de multa tributária (de 100 para 30%) em face de seu caráter confiscatório. Desses casos tratei em RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211>. Acesso em: 24 fev. 2011.

As resistências à Constituição de princípios derivam mais das insatisfações de determinadas classes com o resultado da interpretação do que em razão de argumentos juridicamente válidos sobre o poder que ela atribui aos juízes. Uma Constituição colocada em prática pelos juízes independentes não é antidemocrática, na medida em que uma das precondições da democracia legítima encontra-se na imposição de que os governos tratem seus cidadãos como iguais e respeite suas liberdades fundamentais. Sem isso não é possível falar-se em verdadeira democracia.

É óbvio que deve haver controle sobre as ações dos juízes. Mas esse controle se encontra muito mais na exigência de justificativa das decisões adotadas a partir de argumentos de princípio e integridade, expondo essas decisões à crítica da opinião pública, do que buscar-se a solução numa concepção estreita do texto constitucional.

A Constituição, pois, exige que os juízes deem o melhor de si para, ao longo do tempo e da história, reinterpretar o conteúdo da liberdade e da igualdade, impondo-se o abandono de restrições semânticas e buscando o limite da atividade interpretativa no único lugar cabível: a própria argumentação[67].O único mecanismo de controle adequado do poder judicial está no debate nas mais variadas instâncias em torno dessas decisões. As más decisões, por si mesmas, são inevitáveis, não havendo fórmulas mecânicas que impeçam sua ocorrência. Desse modo seremos capazes de estar em um contínuo processo de aprendizado, buscando a tão desejada maturidade constitucional.

A Constituição, conclusivamente, deve ser vista como um sistema de princípios abrangente, que ordena tanto a igualdade de consideração quanto as liberdades básicas, que irão constituir-se nos pilares da afirmação dos direitos individuais. E caberá aos juízes, em nossa democracia, declarar quais são as exigências concretas para o asseguramento efetivo da liberdade e da igualdade de consideração, embora isso implique em atribuir a eles um grande poder de responder a perguntas controversas e profundas sobre moralidade política que muitas vezes não encontram solução na própria filosofia ou mesmo na política.

---

[67] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 202.

Os riscos, portanto, são evidentes. Mas a busca por uma sensação de segurança jurídica aparente não nos autoriza a ver a questão de outra forma. Na verdade, a busca pela verdade não exclui a contradição e o dissenso, que são inerentes ao sistema da ciência. Os questionamentos estão exatamente a serviço da busca cooperativa dessa verdade, já que todo saber é precário. A correção pressupõe apenas aceitação racional a partir de bons argumentos, isto é, o resultado produzido a partir de condições adequadas de comunicação e debate[68].

O controle desse poder atribuído as juízes – liberais e conservadores, diga-se de passagem - somente cabe à própria história. Mas daí não é possível dizer-se, como querem alguns, que os juízes que insistem em ver a Constituição como uma carta de princípios abstratos são, em verdade, seus usurpadores, que buscam decidir a partir do "direito natural".

Assim, apesar de toda a construção teórica que objetiva reduzir o papel dos juízes na democracia sob o pálio de uma suposta necessidade de segurança jurídica e proteção da separação de poderes, é forçoso reconhecer que não há como fugirmos da controvérsia na interpretação da Constituição e na definição do que ela realmente diz. Acaso podemos evitar as controvérsias que giram em torno da extensão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa? Das controvérsias acerca do que exatamente significa o princípio da não discriminação? Das dúvidas que suscita a ideia de liberdade de crença? É possível, assim, termos uma visão simplista da Constituição, quando seu destinatário é uma sociedade complexa e em constante evolução?

Ao intérprete, portanto, cabe buscar a coerência interna do sistema. A interpretação seguirá um trabalho de reconstrução da realidade, ao que se adicionarão as tradições culturais e os vínculos mentais que o juiz estabelece entre o caso, a norma e o mundo que o envolve. Qual na literatura, caberá ao juiz reconstruir o texto à luz de uma interpretação consentânea com a trama, tendo como norte o conteúdo moral transmitido a partir da Constituição, qual seja, o tratamento igual

---

[68] Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. Apêndice a facticidade e validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School. In: ___________. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 299-384.

entre os cidadãos.[69] A legitimidade da decisão decorrerá exatamente de sua coerência, que, acaso existente, conduzirá à consistência dos argumentos invocados.

Assim, a intervenção jurisdicional está autorizada sempre que estejamos diante de leis e atos do Poder Público que, mediante tratamento discriminatório, violem a igualdade assegurada constitucionalmente, uma vez que ela se encontra dotada de uma essência em relação a qual não é dado à maioria transigir.

CONCLUSÃO

A partir das premissas acima invocodas, entendemos, com a devida vênia, equivocado o entendimento clássico que veio a se verbalizar na Súmula Vinculante 37, uma vez que colide frontalmente com a necessidade de que a ordem jurídica, para ser legítima, materialize os direitos fundamentais em uma dimensão máxima. Curioso é que, dadas as severas dificuldades de sustentação dessa perspectiva à luz do constitucionalismo moderno, o próprio STF entra em contradição ao proferir decisões que conflitam ontologicamente com o dogma do legislador negativo[70], como se infere inclusive do teor da recém-editada Súmula Vinculante 37[71]-[72]. Para "fugir"

---

[69] Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 581.

[70] O primeiro precedente do STF que representa uma espécie de rompimento com o dogma do legislador negativo parece ter sido o julgamento do RMS 22.307/DF (Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 13.07.97). No caso, discutia-se se o advento das Leis nºs. 8.622/93 e 8.627/93 implicou revisão geral dos vencimentos dos servidores militares, com a preterição dos servidores civis. Entendeu-se, na oportunidade, que de fato tratava-se de revisão geral e, como tal, extensível às demais categorias de servidores em razão do postulado da isonomia, principalmente na sua versão instituída no art. 37, XV, da CF. O mesmo ocorreu no julgamento do RE 476.390-7/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 29.06.2007), em que o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, fora pelo parcial provimento da irresignação para, dando interpretação conforme à Constituição, determinar que as regras da Lei nº. 10.404/02, referentes à gratificação de desempenho de atividade técnico-administrativa – GDATA percebida por servidores públicos federais em atividade, fossem também aplicadas a servidores inativos.

[71] "A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho -GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valor correspondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005)."

[72] Essa, aliás, tem sido a orientação em outros precedentes mais recentes: "(...) esta Corte tem afastado a aplicação do disposto na Súmula 339/STF (atual Súmula Vinculante 37) nos casos de paridade de vencimentos fundada no art. 40, § 4º (§ 8º na redação dada a partir da EC 20/98 e cujo conteúdo equivale ao art. 7º da EC 41/03), da Constituição, por desnecessidade de edição de lei para se estender

do argumento de invasão da esfera legislativa, na maioria desses casos nossa Corte Suprema sustenta que se trata de "mera" materialização de norma constitucional ou apenas interpretação conforme à Constituição, que se deve limitar a extrair do texto constitucional os sentidos constitucionalmente admissíveis da norma impugnada[73].

Nesse contexto, pode-se perceber que nossa Corte Suprema não adota claramente uma teoria consistente de aplicação do direito, uma vez que, em dadas hipóteses, a solução jurisprudencial passou pelo exercício de verdadeira atividade legislativa, inclusive a partir da utilização de argumentos e critérios democraticamente incabíveis e que melhor se enquadrariam no âmbito da atividade política exercida nas casas parlamentares. Em perspectiva diametralmente oposta, em outros casos, cuja decisão deveria fundar-se essencialmente na aplicação de princípios presentes em nosso sistema jurídico, aquele tribunal optou por vincular-se a um legalismo estrito, sob um discurso de limitação democrática ao reconhecimento de direitos implícitos no âmbito das decisões judiciais.

Importa ressaltar aqui que a leitura do princípio da legalidade sob a perspectiva restritiva de um procedimentalismo formal, no qual a norma é apenas aquela emanada expressamente de um procedimento legislativo, não se coaduna com o ideal de um Estado Democrático de Direito. É que, no âmbito deste, a legitimidade das leis, para além da análise exclusiva do texto decorrente do procedimento legislativo, é aferida em razão da observância da dimensão prática dos princípios presentes no sistema jurídico como um todo, em especial os princípios da igualdade e liberdade. Assim, a ausência de uma regra clara não impede o reconhecimento de direitos, que devem ser construídos argumentativamente à luz do caso concreto.

---

a inativo benefício ou vantagem que fora outorgado a servidor em atividade." (ARE 854075 AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 3.3.2015, *DJe* de 16.3.2015)

[73]Gilmar Mendes, ao comentar a não observância pelo Tribunal Constitucional alemão dos limites da interpretação conforme, assevera que *"as 'decisões fundamentais do legislador', as suas valorações e os objetivos por ele almejados estabelecem também um limite para a interpretação conforme à Constituição. Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme à Constituição não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria."* (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290).

Importante, também, afastar preocupações meramente formais como a legitimidade dos juízes em razão de sua atividade contramajoritária – isto é, não respaldada no voto da comunidade política -, porque essa legitimidade deve, em verdade, decorrer do conteúdo material das decisões judiciais, cujo controle na arena pública passa exatamente pelo exame dos argumentos utilizados pelo órgão julgador.

Por razões óbvias, essa perspectiva da jurisdição acarreta para os juízes uma maior responsabilidade perante os destinatários da decisão judicial. Contrapondo-se a um maior poder há um maior dever. A segurança jurídica, de todo modo, não deve ser buscada a partir de um consenso que se traduza em respostas prontas e simplórias, mas sim a partir de um discurso racional, que respeite as diversas opiniões no jogo democrático e que conduza à aceitação das decisões proferidas em virtude de serem proferidas a partir de critérios transparentes.

Assim, não se pode evitar a constatação de que os tribunais e juízes funcionam muitas vezes como um "legislador implícito"[74], a quem cabe promover a reciclagem do Direito à luz da realidade social subjacente, sempre que presente razões normativas oriundas da história de uma dada sociedade que justifiquem certa orientação jurisprudencial voltada à implementação dos princípios presentes na ordem constitucional.

O problema, pois, repousa em investigar se dada legislação promove ou amesquinha os princípios da igualdade e liberdade, especialmente no tange às expectativas das minorias sub-representadas no plano político, na medida em que o conteúdo dos direitos fundamentais irá servir exatamente como trunfo diante da vontade das maiorias[75]. Como no caso ora examinado, cabe a intervenção jurisdicional, conquanto contramajoritariamente, sempre que necessário prestigiar a igualdade entre todos.

---

[74] No sentido de caracterizar-se como uma instância garantidora de direitos para além de qualquer consideração acerca da previsão expressa em textos normativos. Em sentido semelhante, vide TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário*., p. 43 e ss.
[75] DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 127.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009.

____________________.*Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Indianapolis: Bobbs Merril, 1962.

BOBBIO, Noberto. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e as lições dos clássicos. São Paulo: Campus, 2000.

____________________. *Dicionário de política*. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.

____________________. Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. v. 6, jul./dez. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

____________________. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. n. 05, jan/jun 1997.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade:* incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana N. Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 39. Belo Horizonte: UFMG, janeiro-junho de 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

___________________. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

___________________. The Forum of Principle. *In New York University Law Review*, n. 56, 1981.

___________________. *Is Democracy Possible Here?* Principles for a new political debate. Oxford: Princeton University Press, 2006.

___________________. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

___________________. *O direito da liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

___________________. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

___________________. *Domínio da vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la funcíon judicial en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manoel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdiccíon y argumentacíon en el Estado Constitucional de derecho*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*: Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*: application discourses in morality and law. Trad. Jonh Farrell. New York: State University of New York, 1993.

________________. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cardenos de filosofia alemã*. São Paulo, nº 6, 2000, p. 85-102.

________________. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral:* justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*. 4:3, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Tradução por Manuel Jiménez Redondo Madrid: Trotta, 2005.

___________________. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

___________________. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

___________________. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. *Conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

___________________. *Positivism and the Separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, v. 71, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

___________________. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

______________________. A jurisdição constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder e Universidad Iberoamericana, 2005.

_______________. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. *NEJ,* v. 11, n. 02, jul-dez 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV,* São Paulo, v. 1, n. 3, jan.-jun. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETTO, Menelick de Carvalho. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo,* Brasília, DF, n. 5, jan./jun. 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na Teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas. *Virtuajus*. Belo Horizonte, 2003.

PECORARO, Rossano. *Niilismo e pós-modernidade*. Rio/São Paulo: PUC/Loyola, 2005.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. "Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito". *In*: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003, v. 1, p. 7-367.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas.

Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010. Disponível em http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/255/211.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

SUNSTEIN, Cass. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

___________________. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005

___________________. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck et all. A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*: em ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

POSSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DE *UMA TEORIA DA JUSTIÇA* DE RAWLS PARA EDIÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS COERENTES

Pablo Zuniga Dourado

RESUMO: É necessária uma teoria crítica da argumentação para manter a coerência dos julgamentos e evitar a *discricionariedade judicial*. Pensamos que as bases da teoria de Rawls – *Uma Teoria da Justiça* –, pode ser aplicada, parcialmente, às instituições jurídicas brasileiras. A igualdade deve ser a preocupação central. A teoria (sequência ou esquema) dos quatro estágios, bem como a tese da justiça procedimental pura pode servir para reduzir o arbítrio dos juízes na solução dos casos. No âmbito das instituições jurídicas, a concepção de Ronald Dworkin sobre o Direito, pode tornar mais fácil a aplicação da justiça como equidade. A falta de uma teoria filosófica crítica de base forte parece colaborar para a falta de coerência e controle das decisões judiciais. O arbítrio pode estar ligado ao desrespeito aos arranjos institucionais acordados pela comunidade. Questiona-se a legitimidade dos juízes em ponderar os princípios escolhidos na posição original. Sua competência para a pesagem é limitada aos princípios individuais, e não aos institucionais. O objetivo é despertar neste artigo a atenção para necessidade de se adotar uma teoria filosófica e para a mudança de paradigma do direito nos julgamentos.
PALAVRAS-CHAVE: *Uma Teoria da Justiça*, igualdade, discricionariedade judicial, teorias da argumentação, a integridade do direito.

ABSTRACT:It takes a critical theory of argumentation to maintain the consistency of judgments and avoiding judicial discretion. We believe that the foundations of the theory of Rawls - A Theory of Justice - may be applied, in part, to the Brazilian legal institutions. Equality must be the central concern. The theory (or sequence diagram) of the four stages, as well as the thesis of pure procedural justice may serve to reduce the discretion of judges in solving cases. In the context of legal institutions, the design of Ronald Dworkin about the law may make it easier to administer justice as fairness. The lack of a philosophical critique of strong base seems to work for lack of control and consistency of judgments. The agency may be linked to disregard institutional arrangements agreed to by the community. Questions the legitimacy of judges in considering the principles chosen in the original position. Its jurisdiction is limited to weighing the principles individual, not the institution. The purpose of this article is to raise attention to the need to adopt a philosophical theory and the paradigm shift to the right in the trials.
KEYWORDS: A Theory of Justice, equality, judicial discretion, theories of argumentation, the integrity of the law.

INTRODUÇÃO

Como uma teoria sobre princípios da justiça desenvolvida em um contexto social e político distinto do brasileiro pode colaborar para evitar o natural arbítrio dos juízes nas suas decisões sobre os casos? Essa pergunta é a motivação do texto que iremos apresentar. Vamos tentar demonstrar ao longo do artigo que é necessária uma teoria crítica da argumentação para manter a coerência dos julgamentos e evitar o decisionismo[76]. Recorremos às bases da teoria de Rawls – *Uma Teoria da Justiça* –, com a proposta de que é possível aplicá-la, parcialmente, às instituições jurídicas brasileiras.

A igualdade é a nossa preocupação central, a exemplo do que ocorre na teoria de Rawls. Defenderemos que seus elementos principais, nada obstante as peculiares desigualdades da sociedade brasileira, podem constituir uma argumentação orientadora das decisões judiciais e garantir-lhes correção e coerência. Vamos propor que a alegação de John Rawls para aplicação dos princípios da justiça – a teoria dos quatro estágios –, pode servir para reduzir o arbítrio dos juízes na solução dos casos. Utilizaremos em conexão com a teoria de Rawls, no âmbito das instituições jurídicas, a concepção de Ronald Dworkin sobre o Direito, por tornar mais fácil a aplicação da justiça como equidade.

Temos a pretensão de demonstrar como a falta de uma teoria filosófica crítica de base forte colabora para a falta de coerência e controle das decisões judiciais; e como o arbítrio pode estar ligado ao desrespeito aos arranjos institucionais acordados pela comunidade. Queremos demonstrar que não é legítimo aos juízes ponderar com os princípios escolhidos no acordo original; e que sua competência para a pesagem é limitada aos princípios individuais, e não aos institucionais.

Nesse contexto, enfatizaremos que é importante a adoção de uma teoria da argumentação como paradigma, a fim de embasar as decisões judiciais e promover a

[76] O sentido de "decisionismo" aplicado neste texto está relacionado à decisão jurídica e não à decisão política, ou seja, âmbito de uma concepção metodológica cética, de modo a não existir qualquer controle possível sobre ato decisório.

concretização dos preceitos constitucionais que densificam os princípios da justiça, sobretudo, o princípio de diferença apresentado em *Uma Teoria da Justiça* por Rawls. Nosso objetivo é despertar neste artigo a atenção para necessidade da mudança de paradigma do Direito para se evitar a *discricionariedade judicial*, e tentar garantir justiça, pelo menos assegurar que casos semelhantes tenham o mesmo tratamento e solução. Nossa preocupação é com a igualdade de tratamento de todas as pessoas pelas instituições jurídicas, isto é, que haja critérios uniformes de justiça nas decisões tomadas pelos juízes.

1. A JUSTIÇA COMO EQUIDADE COMO CRITÉRIO PARA DECISÕES JUDICIAIS COERENTES

1.1. Síntese das bases da "justiça como equidade" de Rawls

Iniciamos com a suposição de que a realidade social brasileira é de profunda desigualdade entre os indivíduos. Em seguida perguntamos: o que a justiça como equidade[77] pensada por Rawls em *Uma Teoria da Justiça* pode contribuir no âmbito das instituições jurídicas brasileiras para reduzir essa desigualdade? A Constituição de 1988 recentemente completou 23 (vinte e três) anos de vigência, de sorte que aparentemente vivemos nestes anos de estabilidade uma espécie de concepção filosófica da democracia constitucional. Assim, nada obstante a "estranheza que sentimos diante das ideias de Rawls" ser "um dado que desvela

---

[77] A palavra "equidade" não deve ser compreendida no sentido conferido pela língua portuguesa, tampouco no dado pelo Direito brasileiro, porquanto decorre do inglês "*painess*" e está inserida no contexto da teoria de Rawls com outros elementos que exporei no decorrer do texto. Segundo Abreu: "A idéia de justiça como eqüidade então poderia ser traduzida da seguinte maneira para um leitor brasileiro: é o procedimento que garante a possibilidade igual para todos de escolherem os princípios da justiça que melhor representem aquilo que é razoável para cada um, sem influências que possam, de alguma maneira, *distorcer a igualdade fundamental entre todos*; em outras palavras, a posição original e do véu da ignorância etc. são instrumentos que permitem, pelo menos no plano do pensamento, a emergência da *igualdade substantiva* dos cidadãos como o parâmetro de construção do político" (ABREU, Luiz Eduardo Lacerda Abreu. **Qual o sentido de Rawls para nós?** Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006, p. 160).

aspectos importantes da nossa tradição"[78], Rawls considera "as ideias e os objetivos principais dessa concepção os mesmos da concepção filosófica da democracia constitucional"[79], de modo que a pretensão do citado autor parece cumprir seus objetivos de ser razoável e útil, também, na tradição jurídica brasileira. Por ser uma teoria crítica pode contribuir para uma interpretação de redução das diferenças, por meio de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça.

Rawls propõe uma releitura da teoria tradicional contratualista – encontrada em Locke, Rouseau e Kant –, com maior abstração e abrangência[80]. Em sua teria há um rompimento com as crenças do utilitarismo em todos os seus matizes[81], tese segunda a qual, de modo geral, o justo é o aumento do saldo geral de satisfação, isto é, a maximização do bem. Ao contrário do utilitarista, sobretudo o radical, onde são irrelevantes as cotas de distribuição, a justiça como equidade centra suas preocupações no bem de todos, ou ainda, na distribuição dos recursos escassos na sociedade. Mas, não vamos concentrar os argumentos nesta contraposição. A consideração é apenas para situar o porquê da importância da obra de John Rawls.[82] O ponto neste tópico é expor os seus elementos estruturantes.

A questão nevrálgica é como ter certeza que sob determinadas circunstâncias os princípios da justiça serão fundamentos racionais para a organização da sociedade[83]. Retornamos então a maior abrangência e abstração da teoria contratualista, pois Rawls norteia sua teoria na noção nuclear que "os princípios da justiça para estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original"[84]. Rawls propõe a posição original nos seguintes termos:

---

[78] Idem, 2006, p. 160.
[79] RAWLS, John**. Uma Teoria da Justiça**. Tradução Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XXXVI.
[80] Idem, 2008, p. 3 e 13.
[81] Ibidem, p. 27.
[82] A obra de John Rawls intitulada *Uma Teoria da Justiça* causou uma verdadeira revolução nas teorias e práticas políticas e filosóficas a partir de sua publicação em 1977. Na década de 80 e nas seguintes desenvolveu-se um debate presente até os dias atuais, concebido por críticas e ataques à obra de Rawls e seus seguidores, feitas pelos comunitaristas (NEAL Patrick, PARIS David. **Liberalism and the communiarian critique: a guide for the perplexed**. Canadian Journal of Political Science, vol. 23, nº. 03, Sep. 1990, p. 419-439).
[83]ABREU, Ob. cit., p. 151.
[84] RAWLS, Ob. cit., p. 13.

São eles os princípios que pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subseqüentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios da justiça.

Assim, devemos imaginar que aqueles que entram em cooperação social escolhem juntos, em um único ato conjunto, os princípios que devem atribuir os direitos e os deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais. Os homens devem decidir de antemão como devem regular suas reivindicações mútuas e qual deve ser a carta fundacional de sua sociedade. Assim como cada pessoa deve decidir por meio de reflexão racional o que constitui seu bem, isto é, o sistema de fins que lhe é racional procurar, também um grupo de pessoas deve decidir, de uma vez por todas, o que entre elas será considerado justo ou injusto. A escolha que os seres racionais fariam nessa situação hipotética de igual liberdade, presumindo-se, por ora, que esse problema de escolha tem solução, define os princípios da justiça[85].

Os indivíduos na posição original estão sob o véu de ignorância, porquanto "desconhecem as consequências que as diversas alternativas podem ter sobre a situação de cada qual e são obrigados a avaliar os princípios apenas com base em ponderações gerais"[86]. Rawls estabelece algumas presunções necessárias para o sentido da justiça como equidade. Na posição original por trás do véu de ignorância os indivíduos são racionais e conhecedores das discussões políticas e dos princípios e teorias econômicas, bem como dos fatos genéricos acerca da sociedade humana. Possuem esclarecimento sobre as bases da organização social. Em resumo, "conhecem quaisquer fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios de justiça"[87]. Ele pressupõe agentes racionais – com certo tipo de educação –, iguais, com a mesma capacidade de decisão e desinteressados. Em outras palavras, propõe a necessidade de cooperação entre os indivíduos, ou seja, um esforço conjunto para

[85] Idem, 2008, p. 13-14.
[86] Ibidem, p. 166.
[87] Ibidem, p. 167.

escolher as normas que conduzirão a convivência e limitar a competição; as pessoas se juntam e decidem os princípios. Por isso é imprescindível a presunção de um tipo de indivíduo moral (racional, razoável e com senso de justiça) que concorda com sua ação no mundo, sujeito aos limites escolhidos. Estas são as bases iniciais da justiça como equidade.

A justiça como equidade não está isenta de críticas profundas alinhavadas por aqueles que se contrapõe aos elementos centrais acima descritos.[88] Os comunitaristas descem tinta pesada, sobretudo, ao tipo-ideal de indivíduo presumido por Rawls, tendo em vista que o véu de ignorância o leva ao "atomismo",[89] ou seja, uma pessoa isolada do contexto de suas tradições.[90] Vale dizer: a justiça social decorre destas relações sociais. A concepção de bem, o seu sentido e significado decorre das entranhas das instituições sociais, ou ainda, da sensação de

---

[88] A obra de Rawls desencadeia uma série de debates em torno das estruturas básicas da sociedade e da forma de conduzir questões políticas fundamentais. É o debate entre liberais e comunitaristas, que tem como ponto de partida as bases da teoria lançada por John Rawls em *Uma Teoria da Justiça*.

[89] Segundo Taylor: "The term 'atomism' is used loosely to characterize the doctrines of social-contract theory wich arose in the seventeenth century and also successor doctrines which may not have made use of the notion of social contract but which inherited a vision of society as in some sense constituted by individuals for the fulfillment of ends which were primarily individual. Certain forms of utilitarianism are successor doctrines in this sense. The term is also applied to contemporary doctrines which hark back to social-contract theory, or wich try to defend in some sense the priority of the individual and his rights over society, or which present a purely instrumental view of society" (TAYLOR, Charles. **"Atomism".** In Communitarianism and Individualism, edited by Shlomo Avineri and Avner De-Shalit, 29-50. Oxford [England]. New York: Oxford University Press, 1992, p. 29).

[90] Outra crítica forte à falta de contextualização ("atomismo") é a elaborada por Macintyre ao afirmar que adota uma perspectiva narrativista de indivíduo, segundo a qual o tipo de ente que uma pessoa é tem de ser expresso integralmente pelas narrativas que ela mesma e sua comunidade moral e cultural constroem. Não existiria nada além dessas narrativas que permanecesse oculto, e não haveria nenhum impedimento *a priori* para que as narrativas descrevessem a "verdadeira natureza" das pessoas. Essa perspectiva integral de narrativa leva a algumas características, a saber: uma história com começo, meio e fim; existência de personagens; intrigas etc. A ação não equivale a qualquer coisa que se diga, deve ser uma ação inteligível. MacIntyre enfatiza a integralidade, que dá sentido ao que acontece. Faz crítica a Locke e aos seus seguidores contemporâneos, apontada para a intenção de promover a separação entre o *self* e seus papéis sociais, dispensando qualquer papel relevante que a inserção do indivíduo em uma comunidade moral específica teria na constituição da identidade pessoal, isto é, para o fato de não levarem em conta o papel das narrativas transmitidas por uma tradição. Para MacIntyre, as pessoas são histórias de vida incorporadas, ou melhor, são personagens reais de narrativas reais. Uma história de vida não deve ser descrita como uma sucessão de ações; uma ação só tem sentido se for compreendida como "um episódio em uma história possível". Assim, ele critica as generalizações fáceis e a descontextualização, que na sua visão, encontram-se no fundamento teórico dos liberais, bem como destaca que a nossa linguagem tem limites (MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude. Um estudo em teoria moral**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001, p. 343-378).

pertencimento [*membership*] a uma determinada comunidade.[91] Outra perspectiva da crítica é apresentada por Sandel, segundo o qual – em uma leitura própria dos argumentos de Rawls sobre a justiça como virtude prioritária –, a justiça não deve ser prioritária sobre o bem, este deve ser prioritário sobre a justiça. Essa posição decorre da idéia de que o indivíduo não pode se desvencilhar de seu contexto. As concepções sobre o bem é anterior à virtude da justiça.

Destes dois modos de ligar a justiça a concepções do bem, o primeiro é insuficiente. O mero fato de determinados comportamentos serem sancionados pelas tradições de uma tradição específica não é suficiente para os tornar justos. Elevar a justiça à condição de produto de uma convenção equivale a retirar-lhe o seu caráter crítico, mesmo quando se abra espaço para a apresentação de interpretações distintas daquilo que é exigido por uma tradição relevante. Os argumentos acerca da justiça e dos direitos acarretam inevitavelmente um juízo de valor. Os liberais, que crêem que a defesa dos direitos deve ser neutral relativamente às doutrinas morais e religiosas substantivas, e os comunitaristas para quem os direitos devem decorrer dos valores sociais dominantes, cometem o mesmo erro; ambos procuram evitar emitir um juízo de valor sobre as finalidades promovidas pelos direitos. Porém, estas não são as únicas alternativas possíveis. Há uma terceira possibilidade, mais plausível, em meu entender, segundo a qual a justificação dos direitos depende da importância moral das finalidades que estes servem.[92] [93]

Os comunitaristas parecem apontar para a ilusão que o liberalismo tem de si mesmo, vale dizer, no fundo, a teoria liberal, também, é parte de uma tradição,

---

[91] Segundo Walzer não é o indivíduo que muda a sociedade, mas sim o pertencimento [*membership*] à sociedade que influencia o modo de ver do indivíduo. Em outras palavras: a visão de mundo dos indivíduos é construída pela tradição, o que denota que esse autor se contrapõe a Rawls. Ele alega que o indivíduo está imerso no sentido de pertencimento. Assim, o critério de distribuição passa a ser justamente o pertencimento à comunidade (WALZER, Michael. **Esferas da Justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 85-87).

[92] SANDEL, Michael J. **O Liberalismo e os Limites da Justiça**. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. ed. 2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 12.

[93] Ver, também, uma espécie de resumo da idéias do livro O Liberalismo e os Limites da Justiça do mesmo autor: SANDEL, Michael J. **"The Procedural Republic and the Unencumbered Self". In Comunitarianism and Individualism, edited by Michael J. Sandel**. New York: New York University Press, 1992, p. 149-58.

embora se trate de uma teoria que se pensa universalizável, a demonstrar, possivelmente, certa incoerência[94]. Em resumo: as críticas, nada obstante apresentarem diferenças, compartilham alguns temas básicos. Neal e Paris pontuam os argumentos coincidentes, a saber: o excessivo individualismo da teoria política liberal, de modo a produzir uma peculiar visão do "eu", divorciado das relações sociais, ao mesmo tempo em que considera neutras as concepções de bem, falhando em compreender a ideia de comunidade; o fato das sociedades liberais promoverem certas virtudes e ignorarem outras; e finalmente, a proposição de princípios transcendentes desconsiderando a história e os fatores contingentes das comunidades liberais[95].

As alegações, principalmente a do isolamento do indivíduo, são fortes e de difícil objeção. Todavia, os liberais reivindicam que a teoria liberal é totalmente capaz de acomodar a ideia de comunidade, porquanto a sua noção de "eu" está situada nela. Além disso, têm proposto alguns desafios aos comunitaristas, como tornar mais clara uma proposta alternativa, seja na teoria ou na prática, às garantias dos direitos e liberdades tradicionalmente associadas ao liberalismo [direitos fundamentais individuais]. Desse modo, seja por meio de acomodação ou contra-ataque, os liberais tem levado as críticas comunitaristas a sério e desenvolvido suas respostas de modo cada vez mais sofisticado e aprofundado[96]. Nessa perspectiva, acreditamos que o melhor caminho é "temperar" os argumentos dos liberais com as críticas pertinentes dos comunitaristas.

Retornamos a *Uma Teoria da Justiça* e destacamos que a justiça como equidade é uma teoria crítica. Tem como principal objetivo a argumentação. Assim, Rawls parece oferecer resposta às principais contraposições comunitaristas – sobretudo o "eu" descontextualizado –, por meio do equilíbrio reflexivo, que é o processo pelo qual os indivíduos passam para decidir quais princípios de justiça vão adotar. Na realidade social a situação hipotética ideal da posição original não se sustenta, pois o véu de ignorância se descortina paulatinamente, haja vista os

---

[94] GUTMANN, Amy. **Communitarian Critics of Liberalism**. Philosophy and Public Affairs 14, 1985, p. 308-22.
[95] NEALS; PARIS, Ob. cit., p. 419-439.
[96] Idem, 1990, p. 419-439.

interesses pessoais de cada indivíduo na conquista dos bens. Mas, o equilíbrio reflexivo formula suas concepções em princípios de justiça numa relação dinâmica e circular, com uma ou outra variação. Uma pessoa pode modificar a maneira de pensar e de se relacionar com a outra. É possível voltar atrás e repensar para agir de modo diferente. Há um permanente ajuste entre os princípios e as intuições dos indivíduos. O processo se autoalimenta; é circular, de sorte que a justiça como equidade é uma teoria que conta com o apoio do indivíduo a partir do pressuposto de que passou pelo equilíbrio reflexivo. Rawls explica:

> Na procura da descrição mais adequada dessa situação trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferência fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até este ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da posição inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos a reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo[97].

Não podemos perder de vista que a teoria dá a descrição de sociedade ideal “teoricamente”. É diferente de convencer que de fato são aqueles os princípios segundo os quais as pessoas se guiarão. Se mudar os pontos da posição original, chegar-se-á a outros princípios. Desse modo, parece que o equilíbrio reflexivo é um modo de contextualizar o indivíduo, porque leva ao ajuste das convicções pessoais mais profundas a princípios de justiça gerais, concebidos no seio de uma sociedade histórica e geograficamente localizada.

Assim, pode ser possível para facilitar a adoção da teoria de Rawls segundo a posição original na sociedade brasileira, a proposta de Dworkin. Vamos supor que

---

[97] Rawls, Ob. cit., p. 24-25.

fundaremos um novo Estado; que precisamos promulgar uma nova Constituição e novas instituições fundamentais; e devemos propor uma teoria política de distribuição geral, ou seja, uma teoria de como a comunidade terá acesso aos bens fundamentais e às oportunidades. Aparentemente se adotarmos a teoria de Rawls como "exercício de argumentação" poderemos contribuir para melhorar a coerência das decisões judiciais e o funcionamento das instituições jurídicas, segundo os princípios escolhidos na posição original[98].

Ressaltamos que temos consciência da dificuldade da aceitação deste tipo de proposta, e da própria teoria de Rawls, conforme já destacado, tendo em vista as especificidades da sociedade brasileira quanto à questão das desigualdades,[99] porém, a nossa pretensão é apenas supor a existência de certa fragilidade da argumentação em determinados julgamentos judiciais; e como a adoção de uma teoria crítica de base pode ser útil a decidir com coerência os casos difíceis levados aos juízes.[100]

---

[98] DWORKIN, Ronald. "**Liberalism**". In Liberalism and Its Critics, edited by Michael J. Sandel, 60-79. New York: New York University Press, 1984, p. 65-66.

[99] Abreu destaca esta dificuldade ao comparar a ideia de igualdade segundo Rui Barbosa, adotada pelas instituições jurídicas brasileiras como princípio e a concepção de John Rawls: "Não é preciso muito para perceber que estamos defronte a duas perspectivas completamente diferentes de pensar a igualdade – diferentes visões de mundo. Em primeiro lugar, Barbosa (2006) inverte a fórmula que encontramos em Rawls. A justiça como eqüidade, vimos, consistia em um procedimento que pudesse fazer emergir a igualdade substantiva de todos, igualdade que as injustiças sociais tratavam de esconder. A tese de Rui Barbosa (2006) é justamente a contrária, existe uma situação de desigualdade "natural" que a sociedade distorce quando ignora. Em segundo lugar, Barbosa utiliza o termo desigualdade num sentido diferente daquele que Rawls empregaria. Para este último (como para toda literatura política desde, pelo menos, Rousseau), a desigualdade é aquilo que se opõe à igualdade enquanto um valor: a desigualdade é assim uma derivação e uma perversão da igualdade. Para Barbosa (2006), a desigualdade é uma diferença de valor (e, portanto, hierárquica) que permite estabelecer uma ordem de precedência: cada um tem o seu lugar de acordo com o seu valor. A igualdade só existe entre aqueles que possuem o mesmo valor: uma igualdade derivada da diferença e da hierarquia e contida nelas portanto. Vê-se assim que, no nosso caso, trata-se de um individualismo que subordina o indivíduo à sua posição social, mesmo se essa posição for mais o fruto de uma negociação conjuntural que o resultado de regras prescritivas. Por fim, há um terceiro contraste que convém examinar. No caso de Barbosa (2006), a distribuição dos direitos e deveres e do produto social é justa na medida em que reconhece e reproduz a diferença de valor. A afirmação é sutil porque utiliza o verbo "quinhoar", um verbo que já perdeu o seu uso corrente, mas que significa repartir em quinhões, partilhar, dar a cada um a parte que lhe cabe. Novamente, esse é exatamente o oposto de Rawls, para quem os princípios da justiça escolhidos na posição original garantiriam um sistema de direitos e liberdades básicas iguais para todos, e as desigualdades – sejam na distribuição das posições políticas, sejam na distribuição do produto social – só seriam justas caso beneficiassem mais os menos favorecidos (o segundo princípio da justiça, Cf. RAWLS, 2002, p. 333-334; 2005, p. 5-6). Daí não fica difícil perceber a dificuldade e a abstração para o leitor brasileiro de um procedimento cujo objetivo é, justamente, o de fazer emergir a igualdade substantiva dos indivíduos" (ABREU, Ob. cit., p. 162-163).

[100] Para Dworkin mesmo quando se trata de *discricionariedade em sentido forte* ["quando nenhuma regra regula o caso"] o juiz tem o dever legal de decidir de uma determinada forma: "Em minha

1.2. Os princípios da justiça propostos por Rawls

Aqui, pelas razões antes expostas não iremos questionar os princípios concebidos por Rawls, mesmo porque a justiça como equidade perderia sentido. A intenção é adotá-los como premissas para a crítica às decisões judiciais. Eles servem como veremos à frente, de base para conferir coerência na fundamentação das decisões. Então, iremos apenas pontuá-los e descrevê-los com a premissa de que eles seriam os princípios escolhidos na posição original sob o véu de ignorância. Rawls estabelece os dois princípios da justiça como o (I) princípio de iguais liberdades fundamentais, ou seja, "cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas"; e (II) o princípio de diferença, segundo o qual "as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos"[101] [102].

Os princípios são organizados em uma ordem de prioridade, de modo que o primeiro deve ser prioritário em relação ao segundo. A preocupação com o princípio de diferença pressupõe iguais liberdades fundamentais a todos. Os princípios de justiça dizem respeito às instituições[103] e não aos indivíduos separadamente. Portanto, vale a advertência que "Os princípios de justiça das instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em

---

argumentação, afirmei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente" DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127-128.

[101] RAWLS, Ob. cit., p. 73.

[102] Rawls, sensível às críticas proferidas à sua tese e no afã de esclarecer suas postulações, reformula os dois princípios da justiça para deixá-los mais claros. Eles passam a ser enunciados da seguinte forma: "(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível como o mesmo esquema de liberdades para todos; e (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer as duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença)" (RAWLS, John. **Justiça como Eqüidade - uma reformulação**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60).

[103] Por instituições Rawls entende "um sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades etc." (Idem, 2008, p. 66).

determinadas circunstâncias"[104]. Eles ficam dispostos na posição original, e resultam do equilíbrio reflexivo, porquanto nossas instituições são estabilizadas por meio deles.

Para a concepção dos princípios, Rawls afirma que "A inevitável vagueza das leis em geral e a grande discrição concedida à sua interpretação incentivam uma arbitrariedade ao tomar decisões que só a fidelidade à justiça pode atenuar"[105]. Seu objetivo com a propositura dos princípios acima descritos é realizar justiça substantiva. As ponderações para o encontro dos princípios de justiça ocorrem no âmbito da justiça procedimental pura, ou seja, um "sistema social de modo que o resultado seja justo, qualquer que seja, pelo menos enquanto estiver dentro de certos limites"[106], que se diferencia dos sistemas de justiça procedimental perfeita, cujas características são a existência de "um critério independente para definir o que é divisão justa, um critério definido em separado antes do processo que deverá seguir" e onde "é possível elaborar um método que com certeza produzirá o resultado desejado"[107]; e de justiça procedimental imperfeita, segunda a qual "embora exista um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exeqüível que leve a ele infalivelmente"[108].

Por conseguinte, para aplicar a idéia de justiça procedimental pura às parcelas distributivas, é necessário estabelecer e administrar de maneira imparcial um sistema justo de instituições. É só contra o pano de fundo de uma estrutura básica justa, que conta com uma constituição política justa e uma organização justa das instituições sociais e econômicas, que podemos afirmar que existe o necessário procedimento justo[109].

Rawls ainda distingue justiça formal e justiça substantiva e oferece a seguinte hipótese:

---

[104] Ibidem, p.66.
[105] Ibidem, p. 72.
[106] Ibidem, p. 103.
[107] Ibidem, p. 103.
[108] Ibidem, p. 104.
[109] Ibidem, p. 105.

> Assim, afirma-se que onde encontramos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, é provável que também encontremos a justiça substantiva. O desejo de obedecer às leis de maneira imparcial e constante, de tratar casos semelhantes de maneira semelhante e de aceitar as conseqüências da aplicação de normas públicas tem uma ligação íntima com o desejo, ou pelo menos com a disposição, de reconhecer os direitos e as liberdades de outros e de repetir com eqüidade os benefícios e os encargos da cooperação social. Um desejo costuma-se associar-se ao outro[110].

Nosso ponto é que ao formular princípios de justiça substantiva, Rawls está, também, preocupado com a coerência das decisões dos juízes e outras autoridades em relação à igualdade e à justiça. A hipótese da correspondência entre justiça formal e substantiva parece adequada ao funcionamento das instituições jurídicas, sobretudo por considerar que "Um tipo de injustiça ocorre quando juízes e outras autoridades deixam de aderir às leis e às suas interpretações apropriadas ao tomar decisões"[111].[112] Para Rawls a formulação dos princípios mais razoáveis de justiça substantiva; as condições em que se chega a afirmá-los; bem como a descoberta de viver de acordo com eles, pode tornar plausível a argumentação segunda a qual onde há justiça formal, também, encontraremos justiça substantiva[113]. Em outras palavras, deve haver certa subjetividade na interpretação das normas e leis gerais da sociedade, todavia, ela não se consubstancia em "carta branca" aos intérpretes. Não é um "vale tudo". A argumentação das decisões de acordo com os princípios de justiça pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. Enfim, compartilhamos com a ideia que há necessidade de critérios públicos e compartilhados dos princípios de justiça para as decisões judiciais.

---

[110] Ibidem, p. 72.
[111] Ibidem, p. 71.
[112] É razoável sustentar que há sempre uma teoria política por trás das normas, ou seja, todas elas têm um objetivo e consequência, motivo pelo qual os legisladores dissimulam esses aspectos para que as pessoas as cumpram (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **The deceptive nature of rules**. University of Pennsylvania Law Review, 142, n.º 04, 1994). Podemos propor que o intérprete não pode escapar da análise do que está "por trás das normas", sob pena de tomar decisões incorretas e injustas.
[113] RAWLS, Ob. cit., p. 73.

1.3. A teoria dos quatro estágios como sistema para a aplicação dos princípios da justiça e a edição da decisão judicial coerente

Rawls propõe um sistema para a execução dos dois princípios da justiça que tentaremos resumir de modo menos complexo possível. Ele argumenta que é necessário uma sequência de quatro estágios para simplificar a aplicação dos dois princípios[114]. O esquema proposto apresenta-se de forma que o primeiro passo é a definição dos princípios da posição original; o "segundo estágio" é a elaboração de "um sistema para os poderes constitucionais do governo e para os direitos fundamentais dos cidadãos"[115]. Supõe que nesse estágio o véu de ignorância já começa a se descortinar, de sorte que uma constituição justa é aquela estruturada com base nos dois princípios da justiça já escolhidos, porquanto no sistema de justiça procedimental pura eles definem um padrão independentemente do resultado desejado[116]. O próximo passo na seqüência é o estágio legislativo, que se caracteriza pela análise da justiça das leis e das políticas[117]. E, finalmente, o quarto estágio da seqüência "é o da aplicação das normas aos casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral"[118].

Nossa hipótese, relativamente à sequência dos quatro estágios e a coerência das decisões, tendo em vista que o sistema é "uma divisão de trabalho, na qual cada um trata de tipos diferentes de questões de justiça social" e que "Essa divisão corresponde, grosso modo, às duas partes da estrutura básica"[119] dos dois princípios da justiça, é propor que o juiz e o administrador colocados no quarto estágio, devem considerar a ponderação já feita pelos agentes racionais da posição original. Com o véu de ignorância afastado não haveria como proceder à pesagem dos princípios, pois os pressupostos (sobretudo os desinteresses mútuos) não estariam mais presentes, na medida em que as situações concretas (talentos individuais, poder,

---

[114] Idem, 2008, p. 239-240.
[115] Idem, 2008, p. 241.
[116] Ibidem, p. 243.
[117] Ibidem, p. 243.
[118] Ibidem, p. 245.
[119] Ibidem, p. 244.

fortuna, propriedade etc.) já seriam conhecidos. Isto é, esses agentes não poderiam modificar ou subverter os princípios da justiça, tampouco sua representação em um texto constitucional justo, de modo que o esquema garantiria a coerência das decisões judiciais e reduziria a discricionariedade natural na interpretação das instituições jurídicas. É claro que não é possível eliminar certo subjetivismo nos julgamentos, mas a argumentação com base em uma teoria crítica forte reduziria a tentação de cometer o arbítrio. Nesse contexto, tendo em vista a justiça procedimental pura, parece-nos que não importa o resultado último das decisões judiciais – se procedente ou improcedente o julgamento –, mas a argumentação que foi consignada pelos juízes, ou seja, se os fundamentos são coerentes com os princípios da justiça e sua representação na constituição.

É necessário destacar que Rawls propõe, como ficou claro no tópico passado, princípios institucionais: "Os princípios de justiça das instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em determinadas circunstâncias"[120].[121] Nosso ponto é que esses princípios não são passíveis de ponderação, porquanto dizem respeito à distribuição dos bens na sociedade na posição original; tarefa não reservada aos juizes e administradores. A ponderação possível ao juiz ocorreria quanto aos princípios individuais, pois estes tem como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo; e as políticas têm por base a implementação ou a proteção de algum bem coletivo[122]. Vale dizer: o papel dos juízes no quarto estágio não é realizar ponderação com os princípios da justiça já definidos, mas tentar aplicá-los de acordo com a densificação estabelecida na constituição e nas leis; podem pesar os princípios aplicados aos indivíduos, sem alterar o arranjo institucional estabelecido por acordo pela sociedade

---

[120] Ibidem, p.66.
[121] Como Dworkin distingue: "Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade" (DWORKIN, Ob. cit., p. 36).
[122] Idem, 2010, p. 129-130.

quanto aos princípios da justiça. Acreditamos, com fundamento na justiça procedimental pura, que esse tipo de procedimento levaria à justiça substantiva.

2. DWORKIN E A SUPERAÇÃO DO PARADÍGMA POSITIVISTA

É bastante conhecido no meio jurídico-acadêmico o clássico debate entre os jusnaturalistas e os positivistas. A questão filosófica central da declaração de direitos provavelmente é analisar se os textos enunciados nas declarações são propriamente "declarados" ("reconhecidos"); ou se, pelo contrário, são constituídos, isto é, criados originalmente. A resposta depende, segundo Guastini da "adesão uma determinada corrente filosófica do direito":

> A) Os partidários do jusnaturalismo reiteram que existem "na natureza" direitos (subjetivos), antecedentes a toda a disciplina positiva e independente dela; direitos, portanto, que a Constituição se limita a reconhecer. Deste ponto de vista – se poderia dizer – o texto constitucional é um texto genuinamente prescritivo (adscrever direitos é, de fato, prescrever), senão descritivo de direitos preexistentes.
> B) Pelo contrário, os partidários do positivismo jurídico reiteram que não existem direitos (subjetivos) preexistentes ao direito positivo, e, portanto, os direitos em questão não são reconhecidos, senão criados e adstritos aos cidadãos originariamente pela Constituição[123].

Além da corrente filosófica do direito adotada, a questão passa por vários aspectos não exclusivamente relacionados à gênese e ao conteúdo do direito e da constituição. O clássico debate entre o jusnaturalismo e o positivismo gira em torno das conexões e relações entre Direito e Moral, porém, essa ideia "pode ter muitas

---

[123] A) Los partidarios del iusnaturalismo reiteran que existen " en la naturaleza" derechos (subjetivos), antecedentes a toda disciplina positiva e independientes de ella; derechos, por lo tanto, que la Constitución se limita a reconocer. Desde este punto de vista —se podría decir— el texto constitucional es un texto no genuinamente prescriptivo (adscribir derechos es, de hecho, prescribir), sino *descriptivo* de derechos preexistentes.
B) Por el contrario, los partidarios del positivismo jurídico reiteran que no existen derechos (subjetivos) preexistentes AL derecho positivo, y que por tanto los derechos en cuestión no son reconocidos, sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución. (GUASTINI, Ricardo. **Estúdios de Teoría Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 267-268).

variantes e nem todas elas são relevantes para a caracterização do conceito de direito"[124].

Carlos Santiago Nino expõe várias teses do jusnaturalismo contraditadas pelo positivismo para demonstrar que a polêmica não se resume ao conteúdo de que a primeira corrente argumenta haver uma conexão intrínseca entre o Direito e Moral, enquanto o positivismo jurídico a nega. As teses enumeradas nem sempre são compatíveis entre si e podem guardar independência, o que aumenta a seguinte perplexidade: "Qual é, então, a tese sobre a relação entre direito e moral que o *jusnaturalismo* defende e que o positivismo ataca?"[125].

Para responder à pergunta, o supracitado autor apresenta uma reconstrução fictícia de uma sentença judicial retirada dos processos judiciais organizados pelos aliados após a Segunda Guerra Mundial, com o fito de julgar os crimes contra a humanidade e de guerra cometidos pelos nazistas durante o regime de Hitler, em ordem a ser possível inferir de seus argumentos a pretensão de provar que a discussão está longe de ser teórica, uma vez que a escolha por uma das teses adotadas poderia apresentar significados práticos relevantes[126]. Desse modo, nem mesmo uma discussão considerada exclusivamente teórica escapa da prática jurídica e suas complexidades. A adoção por uma ou outra teoria parece influenciar os resultados práticos na solução dos casos postos ao Direito.

Dworkin centra sua preocupação na prática jurídica e pretende resgatar a moralidade como um valor-nominal; mesmo o mais profundo ceticismo é uma opinião sobre o quê a moralidade exige. Não haveria argumento decisivo sobre o quê é a moralidade, a levar à seguinte perplexidade: há alguma verdade objetiva?[127].

Se não existe uma verdade objetiva sobre a interpretação ou arte ou moralidade, não pode haver sucesso no mérito do pensamento artístico, moral ou jurídico; a teoria não seria de interesse no domínio acadêmico que a protege. As

---

[124] NINO, Carlos Santiado. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 17.
[125] Idem, 2010, p. 17-19.
[126] Ibidem, p. 19-30.
[127] DWORKIN, Ronald. **Objectivity and truth: you'd better believe it.** Philosophy & Public Affairs, 25, n.º 02, 1996, p. 1.

proposições avaliativas não são nem verdadeiras nem falsas, devem ser internas ao domínio avaliativo. Para exemplificar seu ponto de vista, o pensador americano utiliza a tese de que não existe uma resposta certa para a questão de saber se o aborto é imoral, pois essa é uma questão, por si só, de moral substantiva, que deve ser julgada e avaliada da mesma forma que qualquer outra questão moral[128]. Vale dizer: a assertiva a "homossexualidade é imoral" e afirmação "a homossexualidade é *objetivamente* imoral" teriam a mesma natureza. São proposições morais e possuem o mesmo significado. Ambas, portanto, mencionam que a homossexualidade é reprovável, com a única diferença de que não há nada que qualifique ou que possa qualificar uma proposição de "verdade" como mais "objetiva" do que outra[129].

Seria possível, então, apreciar se uma decisão jurídica é boa ou é ruim?

Ao usar a distinção entre regras e princípios e rejeitar a tese da inexistência da resposta certa (*no-no-right-answer*)[130], Dworkin está em um embate com os céticos. Combate as posições dos pragmatistas e dos desconstrutivistas, que denomina "teorias arquimedianas" (*archimedean thesis*), porque entendem ser impossível a apreciação objetiva da moralidade. O ponto fundamental de contraposição é que, seja na perspectiva interna, seja na externa, não existe a possibilidade de ser totalmente cético[131]. Desse modo, seria insustentável a posição totalmente externa ("fora do jogo") dos céticos (e do positivismo jurídico); se não há

---

[128] Idem, 1996, p. 2.
[129] Ibidem, p. 2.
[130] É possível descrever o ponto de vista de Dworkin sobre a *resposta correta* (*right answer*) como sendo uma tese de *negação dupla*, pois "Dworkin mounted an attack on the view that [legal positivism], just because there is no right answer in hard cases, judges must exercise a law-creating discretion. His position may therefore be described with a double negative – the 'no-no-right-answer' thesis. However, he combines this offensive with indications about how right answers might actually be discovered even in hard cases. This constitutes a more substantial contribution to a theory of adjudication and I shall therefore, from now on, drop the double negative and characterise Dworkin's position as the 'right-answer thesis'" (HARRIS, J.W. **Legal Philosophes**. 2ª ed., New York: Oxford University Press, 2004, p. 205-206).
[131] Em resposta aos seus críticos céticos, Dworkin supõe: "O argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. Deve fornecer e defender alguma idéia de ceticismo, ou de indeterminação na teoria moral, que torne plausível supor que nenhuma de tais teorias pode ser preferida em detrimento da outra com base na moralidade política. Não acho que tal argumento tenha sido fornecido, apesar de certamente não ter demonstrado que isso seja impossível" (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 215-216).

regra existem outros critérios e princípios para solução dos casos; basta olhar para a história. Há princípios jurídicos históricos que regem tradicionalmente aquele caso e devem ser aplicados a quem tem o direito, sem recursos às opiniões políticas pessoais e à discricionariedade dos juízes[132].

Assim, retorno à indagação que parece ser um dos pontos centrais de toda a teoria *dworkiana*: é possível produzir um argumento que nos leve à verdade e à objetividade nas decisões jurídicas? Segundo Dworkin, a verdade racional é aquela buscada em princípios e na história[133]. Nossas opiniões sobre questões morais não são apenas reações subjetivas, mas sobre o seu caráter moral atual, ou seja, a questão é objetiva. O exemplo e a explicação ilustram sua posição:

> Essa é a visão que você e eu e mais outras pessoas tem. Nós pensamos que o genocídio na Bósnia é errado, imoral, perverso, odioso. Nós também achamos que essas opiniões são verdadeiras - que pode ser suficientemente seguro, neste caso, pelo menos, como a dizer que nós sabemos que elas são verdadeiras - e que as pessoas que discordam estão comentendo um grande erro. Nós pensamos, além disso, que as nossas opiniões não são apenas reações subjetivas à idéia de genocídio, mas as opiniões sobre seu caráter moral real. Achamos

---

[132] Em outras palavras: "The most important issue subsumed within the question 'Do and should judges legislate?' is political and constitutional. Members of any free society disagree about how governments should treat their citizens – about how resources should be allocated, about appropriate controls on the executive, about when the state force should be applied. Positivists suppose that, unavoidably, such matters are sometimes decided by judges according to their own (the judges') personal political opinions. (They may insist that judges should defer, whenever possible, to specific information about the intentions of promulgators of legislation; that is, adopt (what Dworkin rejects) a 'speaker's meaning' model interpretation)). The thrust of Dworkin's theory is that, whenever the materials can be read in different ways, judges should not (and do not) simply give effect to their personal views. Instead, they a responsibility to apply their convictions about what the morality to which the community is committed should be understood to entail. So long as these convictions 'fit' the legal materials, they reveal what the law is. The process is law-discovery, not legislation" (HARRIS, Ob. cit., p. 209-210).

[133] A busca da verdade objetiva com racionalidade aparentemente encaixa-se nas ideias de Max Webber. Segundo Raymond Aron, que se vale do pensamento de Webber, a investigação científica é um tipo de ação racional com relação a um objeto – a verdade –, mas o "objetivo é determinado por um juízo de valor, isto é, por um julgamento sobre o valor da verdade demonstrada pelos fatos ou por argumentos universalmente válidos", de modo que a ação científica tenha, também, uma espécie de racionalidade em relação a um valor. A ciência de Weber seria objetiva, mesmo diante de valores, porque ele distinguia julgamento de valor de relação aos valores. O primeiro seria pessoal e subjetivo. Nos segundos não haveria um julgamento de valor, mas o relacionamento da matéria estudada com um valor, que seria a liberdade política. Para que o cientista determine seu objeto de estudo, "está obrigado a fazer uma opção com respeito à uma realidade: uma seleção dos fatos e a elaboração de conceitos que exigem um procedimento do tipo *relação aos valores*" (ARON, Raymund. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Ségio Bath, 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 730 e 737-738).

> que, em outras palavras, que é uma questão objetiva - uma questão de como as coisas realmente são - que o genocídio é errado[134].

Assim, Dworkin aparentemente assume uma postura para argumentar sobre a existência de uma moral objetiva. Os julgamentos morais seriam limitados por parâmetros, dos quais o primeiro deles é a linguagem. Este argumento é contra os neopragmatistas. O que ele propõe é que existe sim uma moralidade objetiva extraída de um contexto (equilíbrio reflexivo)[135]; a qual, segundo a integridade, é buscada na história. É possível na reiteração de um padrão buscar uma objetividade nas decisões ("olhar para a história")[136].

Desse modo, a teoria de Dworkin é peculiar, entre outros aspectos, porque admite como fontes do Direito não apenas as convenções e as deliberações, que fornecem elementos formais para a identificação do Direito. A moralidade não convencional, sustentada em proposições substanciais, também. A completude do ordenamento jurídico é construída a partir da compreensão da citada moralidade, tão comum nas práticas cotidianas dos juristas, e da demonstração de que os direitos se originam não apenas de regras expressas, mas, também, de princípios morais substantivos. Conforme afirmei acima, Dworkin pretende resgatar a moralidade como um valor nominal. Ele faz diversas considerações sobre a neutralidade e a

---

[134] That is the view you and I and most other people have. We think that genocide in Bosnia is wrong, immoral, wicked, odious. We also think that these opinions are true – we might be sufficiently confident, in this case at least, as to say that we know they are true – and that people who disagree are make a bad mistake. We think, moreover, that our opinions are not just subjective reactions to the idea of genocide, but opinions about its actual moral character. We think, in other words, that it is an objective matter – a matter of how things really are – that genocide is wrong (DWORKIN, Ob. cit., p. 3).

[135] John Rawls explica: "Na procura da descrição mais adequada dessa situação trabalhamos em duas frentes. Começamos por descrevê-la de modo que represente condições amplamente aceitas e de preferência fracas. Verificamos, então, se essas condições têm força suficiente para produzir um conjunto significativo de princípios. Em caso negativo, procuramos outras premissas igualmente razoáveis. Em caso afirmativo, porém, e se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até este ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso, temos uma escolha. Podemos modificar a caracterização da posição inicial ou reformular nossos juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos a reformulação. Com esses avanços e recuos, às vezes alterando as condições das circunstâncias contratuais, outras vezes modificando nossos juízos para que se adaptem aos princípios, suponho que acabemos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo" (RAWLS, Ob. cit., p. 24-25).

[136] Idem, 1996, p. 16.

austeridade do ceticismo sobre a moral. Para Dworkin mesmo o mais profundo ceticismo é uma opinião sobre o quê a moralidade exige, e não haveria argumento decisivo sobre questões do que não é ou não inclua premissas e pressupostos sobre o "quê" é ou para o "quê" é a moralidade. Até porque a moralidade seria uma dimensão da nossa experiência, distinta e independente, e que exerceria a sua própria soberania[137].

O que me parece importante, entre outros aspectos, tendo em conta a concepção de moral objetiva posta, é a utilização do pensamento de Dworkin como contraponto à cultura e à prática formalista dos juízes e demais praticantes do Direito, ou seja, a insurgência contra parte de nossa tradição positivista legalista de matriz *kelseniana*[138] [139], pois esta aparentemente impossibilita, de certa forma, a crítica e o controle das decisões judiciais[140].

---

[137] Idem, 1996, p. 3-4.

[138] No século XX, é engenho de Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito, a elaboração de uma estrutura de organização do direito que se caracteriza pela pureza, por isolar a norma como único objeto do direito; exclui valores, a moral, a justiça e outros aspectos que são questões de política do direito, mas não científicas. Segundo Kelsen: "A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento tudo o quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental" (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Batista Machado. 4.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 1).

[139] É possível postular que a Teoria Pura do Direito de Kelsen admite que não é a prática do direito que é "pura", porquanto "Kelsen belivied that statements of positive of Law were not statements of moral or political value, nor yet statements of fact; and it was the business of theory to work out a conception of law wich would reflect this feature of discourse. Hence ethical or sociological definitions of law were to be rejected. In a sense the word 'pure' in 'the pure theory of law' has got into wrong place. Kelsen's is a theory about pure legal-information-giving. The theory itself cannot be pure. It is sound, or it is not". (HARRIS, Ob. cit., 2004, p. 66).

[140] Segundo Freitas Filho são características deste "modelo paradigmático justpositivista": "a) inspiração doutrinária no positivismo, normativismo, formalismo; b) idéia de Direito como um sistema estático, fechado, autônomo em relação ao meio social; c) racionalidade formal (interna ao sistema); d) acesso à justiça restrito, regulado pelo direito processual de maneira rigorosa por critérios basicamente formais; e) discricionariedade operada por delegação estrita, segundo determinação do direito processual; f) o método enfatizado é lógico-dedutivo exegético; g) o alcance das sentenças é retrospectivo, dada a valorização da função repressora e restitutiva das leis; h) qualificação/práxis – delegação estrita, segundo determinação do direito processual (em oposição a um conhecimento científico de caráter histórico-sociológico fundado numa teoria da justiça e funcionando como

É crível sustentar que as práticas do Judiciário brasileiro – formalismo positivista legalista de matriz *kelseniana*, de certo modo com a simplificação do próprio positivismo de Kelsen –, não é adequada à nossa proposta neste artigo. Acreditamos que a argumentação com fundamento na justiça como equidade só é possível com a superação desse paradigma[141] [142] e a adoção do sistema monofásico ou de análise holística de identificação e justificação da lei (*Teoria Construtivista*) proposta por Dworkin[143]. Nossa hipótese é que relativamente às instituições jurídicas, a teoria de Dworkin *O direito como integridade*[144] encontra fundamento e conexão com a teoria crítica liberal de Rawls por compartilhar as bases sobre a concepção de igualdade[145]. Parece que para o escopo deste artigo e no âmbito do Direito, podemos fazer a correlação das duas teorias da argumentação, a fim de melhor fundamentar a necessidade de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça.

Apenas para exemplificar de modo geral, escolhemos um assunto constitucional aleatoriamente. Vamos supor que a inelegibilidade[146] do art. 14, § 7º,

---

instrumento de engenharia social)" (FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 43-44).

[141] Sobre o exaurimento do paradigma positivista, ver FREITAS FILHO, p. 38-44. Sobre a superação do paradigma positivista e a contribuição de Dworkin ver também CARVALHO NETTO, 1997.

[142] É possível sustentar, forte nos argumentos de Tomas S. Kuhn, que essa – o positivismo jurídico –, seria a prática da ciência normal, isto é, "a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas" (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 29), e que o positivismo jurídico se constitui em um paradigma (Idem, 2011, p. 30), entretanto, seria um paradigma em crise, tendo em vista seu fracasso em solucionar os problemas atualmente postos à ciência e à prática do direito. Segundo Kuhn a crise da ciência normal é: "A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir resultados esperados. O fracasso das regras existentes é prelúdio para uma busca de novas regras" (Ibidem, p. 95). Em outras palavras: as crises além de debilitarem o modelo teórico anterior fornecem "os dados adicionais necessários para uma alteração fundamental de paradigma" (Ibidem, p. 121). É certo que Kuhn fala às ciências naturais (hard; não-contigentes), contudo, parece ser possível falar em crise do paradigma positivista jurídico com a cautela de considerar o conceito de paradigma "como o conjunto de crenças dos operadores do Direito, independentemente de sua atividade profissional ou até científica, que possui uma certa unidade e uma aceitação pela comunidade dos próprios operadores" (FREITAS FILHO, Ob. cit., p. 30). Haveria, nesse sentido, uma crise do direito (Idem, 2003, p. 47-48).

[143] Dworkin, Ob. cit.

[144] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[145] KYMLICKA, 1992, p. 168.

[146] Silva define: "Inelegibilidade revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, à elegibilidade. Não se confunde com a inalistabilidade, que é impedimento à capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor), nem com a incompatibilidade, impedimento ao

da Constituição Federal[147], envolve o princípio de diferença, especificamente na segunda parte: a da igualdade equitativa de oportunidades. As posições devem estar abertas a todos, de modo a proibir a restrição de acesso aos cargos. Segundo Rawls:

Esse princípio expressa a convicção de que, se alguns cargos não estão abertos a todos em condições eqüitativas, os excluídos estariam certos de se sentirem injustiçados, mesmo que se beneficiassem dos esforços maiores daqueles autorizados a ocupá-los. Sua queixa seria justificada não só porque foram excluídos de certas recompensas externas dos cargos, mas também porque foram impedidos de vivenciar a realização pessoal resultante do exercício competente e dedicado de deveres sociais. Seriam privados de uma das principais formas de bem humano[148].

Nossa hipótese é que no primeiro estágio – posição original –, seja este (igualdade equitativa de oportunidades) o princípio escolhido, sem olvidar a presunção de iguais liberdades fundamentais já definidas anteriormente. No passo seguinte da sequência, supomos que a Constituição de 1988, mesmo depois da redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 04 de junho de 1997, tenha densificado o citado princípio por meio dos princípios republicano e democrático, vazados no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, como fundamentos do Estado brasileiro. No âmbito dos direitos políticos, são corolários destes princípios a soberania popular e o sufrágio universal (art. 14, *caput*, da Constituição Federal). O terceiro estágio, da legislação, é apenas a regulamentação da cláusula constitucional, que no caso da inelegibilidade tratada, somente disciplina questões de procedimento, porquanto a norma constitucional já encerra todos os elementos para gerar efeitos práticos. E a última posição, qual seja, a decisão do juiz.

Postulamos que os magistrados, ao decidirem casos que envolvam a inelegibilidade reflexa (art. 14, § 7º, CF), não podem proceder à pesagem dos princípios institucionais escolhidos na posição original, de sorte que não é possível

---

exercício do mandato depois de eleito" (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 391).

[147] Art. 14, § 7º, CF. São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

[148] RAWLS, Ob. cit., p. 102.

relativizar o princípio de diferença. Esse é um dos pontos essenciais para o presente artigo: os juízes, segundo a teoria dos quatro estágios, não podem pesar os princípios institucionais da justiça. Igualdade e princípio republicano (segundo estágio) não cuidam de interesses individuais ou de grupos, mas de distribuição de bens escassos na sociedade; princípios estabelecidos na posição original por toda a comunidade. Acreditamos que uma argumentação com fulcro na teoria crítica de Rawls – justiça como equidade –, pode reduzir a postura (procedimento) formalista das instituições jurídicas brasileiras. Nossa proposta é que, na aplicação dos princípios da justiça, segundo a teoria dos quatro estágios, os juízes não possam fazer esse tipo de "ponderação". Devem manter-se fiéis aos princípios da justiça já escolhidos na posição original. Apenas por meio do equilíbrio reflexivo haveria possibilidade de modificação.

No âmbito das instituições jurídicas *o direito como integridade* de Dworkin parece ser consentâneo com a teoria da justiça de Rawls, porquanto é uma forma de adotar um comportamento hermenêutico que recorre sempre aos princípios, que podem ser os da justiça apresentados por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, além de ser de inspiração nitidamente liberal. Apenas com a definição da teoria que melhor representa o pensamento da comunidade, conforme definido teoricamente por Rawls, sem esquecer a história política dessa mesma comunidade[149] é possível a edição de decisões judiciais mais corretas e coerentes.

Desse modo, o juiz-intérprete deve buscar e aceitar a concepção de integridade do direito, motivo pelo qual estará limitado pelos princípios da justiça; os fundamentos éticos da Constituição e pela história política da comunidade a fim de adequar a interpretação aos ideais de justiça e equidade geral, sob pena de agir de má-fé e sem legitimação[150].[151] A teoria proposta por Rawls, como vimos ao longo

---

[149] Dworkin acredita que as comunidades políticas tem uma vida comunitária que é parte do que determina se a vida de seus membros é boa ou ruim. Em outras palavras: "Citizens identify with their political community when they recognize that the community has a communal life, and that the sucess or failure of their own lives is ethically dependent on the sucess or failure of that communal life" (DWORKIN, Ronald. **"Liberal Community".** In Liberalism and Its Critics, edited by Michael J. Sandel, 205-23. New York: New York University Press, 1984, p. 207 e 217).

[150] DWORKIN, Ob. cit., p. 305.

[151] A teoria de Dworkin é peculiar, entre outros aspectos, conforme já destacamos no corpo do texto, porque admite como fontes do direito não apenas as convenções e as deliberações, que fornecem

deste texto, possui um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas quanto à liberdade e igualdade. A melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade é aceitar este ideal interpretativo da integridade, de modo que os casos difíceis sejam resolvidos com base nos princípios da justiça.

Essa visão holística do direito na interpretação das instituições jurídicas garantirá que diferentes juízes estabelecerão decisões coerentes com a verdadeira história política de sua comunidade e restringirá suas convicções políticas (pessoais e partidárias) em seu juízo interpretativo geral aos princípios da justiça e valores ético-constitucionais. Vale dizer: toda interpretação deve ser pautada em argumentos decorrentes de uma teoria base forte, de maneira a diminuir e até mesmo impedir o decisionismo, a discricionariedade judicial, e garantir decisões judiciais uniformes. É imprescindível que a utilização da interpretação não recorra à "discricionariedade judicial", a fim de atingir a melhor decisão para os casos postos, ou seja, embasada em pressupostos aplicáveis a situações similares[152], de sorte que se evitaria a influências arbitrárias dos juízes nos processos de tomada de decisão judicial.

CONCLUSÃO

É verdade que sentimos perplexidades diante das ideias de Rawls, porém, sua pretensão parece cumprir seus objetivos de ser razoável e útil, também, na tradição jurídica brasileira. Por ser uma teoria crítica pode contribuir para uma interpretação de redução das diferenças, por meio de decisões judiciais coerentes com

---

elementos formais para a identificação do direito. A moralidade não convencional, sustentada em proposições substanciais, também. A completude do ordenamento jurídico é construída a partir da compreensão da citada moralidade, tão comum nas práticas cotidianas dos juristas, e da demonstração de que os direitos se originam não apenas de regras expressas, mas, também, de princípios morais substantivos. Ao que nos parece Dworkin pretende resgatar a moralidade como um valor nominal. O autor faz diversas considerações sobre a neutralidade e a austeridade do ceticismo sobre a moral. Para Dworkin mesmo o mais profundo ceticismo é uma opinião sobre o quê a moralidade exige, e não haveria argumento decisivo sobre questões do que não é ou não inclua premissas e pressupostos sobre o "quê" é ou para o "quê" é a moralidade. Até porque a moralidade seria uma dimensão da nossa experiência, distinta e independente, e que exerceria a sua própria soberania (DWORKIN, Ob. cit., p. 3-4).

[152] DWORKIN, Ronald. **The Forum of Principle**. In *New York University Law Review*, New York, n. 56, 1981, p. 517.

os princípios da justiça. Os elementos essenciais de sua teoria (posição original; véu de ignorância; equilíbrio reflexivo; e princípios da justiça) são profundamente constituídos e desencadearam um importante debate moderno. Seja por meio de acomodação ou contra-ataque, os liberais seguidores de Rawls tem levado as críticas comunitaristas a sério e desenvolvido suas respostas de modo cada vez mais sofisticado e aprofundado, de sorte que a essência das discussões deve ser aproveitada. O melhor caminho é “temperar” os argumentos liberais com as críticas pertinentes dos comunitaristas na busca por uma sociedade mais justa.

Podemos afirmar que se adotarmos a teoria de Rawls como “exercício de argumentação”, bem como a ideia de justiça procedimental pura com a aplicação dos princípios segundo os quatro estágios, contribuiremos para melhorar a coerência das decisões judiciais e o funcionamento das instituições jurídicas, segundo os princípios da justiça escolhidos. A fragilidade da argumentação em determinados julgados ratifica essa convicção. A adoção de uma teoria crítica de base pode ser útil a decidir com coerência os casos difíceis levados aos juízes.

Os princípios de justiça apresentados por Rawls se referem às instituições; não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em determinadas circunstâncias. Eles ficam dispostos na posição original, e resultam do equilíbrio reflexivo, porquanto nossas instituições são estabilizadas por meio deles. Seu objetivo com a propositura desses princípios é realizar justiça substantiva. Ao formular princípios de justiça substantiva, Rawls está, também, preocupado com a coerência das decisões dos juízes e outras autoridades em relação à igualdade e à justiça.

Não negamos que deve haver certa subjetividade na interpretação das normas e leis gerais da sociedade, todavia, ela não se consubstancia em “carta branca” aos intérpretes. Não é um “vale tudo”. A argumentação das decisões de acordo com os princípios de justiça pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. Enfim, há necessidade de critérios públicos e compartilhados dos princípios de justiça para as decisões judiciais.

A sequência dos quatro estágios é "uma divisão de trabalho, na qual cada um trata de tipos diferentes de questões de justiça social"[153], de modo que os juízes colocados no quarto estágio devem considerar a ponderação já feita pelos agentes racionais da posição original. É que com o véu de ignorância afastado não haveria como proceder à pesagem dos princípios, pois os pressupostos (sobretudo os desinteresses mútuos) não estariam mais presentes, na medida em que as situações concretas (talentos individuais, poder, fortuna, propriedade etc.) já seriam conhecidos. Os juízes não devem modificar ou subverter os princípios da justiça, tampouco sua representação em um texto constitucional justo. Esse esquema (justiça procedimental pura) pode garantir a coerência das decisões judiciais e reduzir a discricionariedade natural na interpretação das instituições jurídicas. É claro que não é possível eliminar certo subjetivismo nos julgamentos, mas a argumentação com base em uma teoria crítica forte reduziria a tentação de cometer o arbítrio. Assim, parece que não importa o resultado último das decisões judiciais – se procedente ou improcedente o julgamento –, mas a argumentação que foi consignada pelos juízes, ou seja, se os fundamentos são coerentes com os princípios da justiça e sua representação na constituição.

Pensamos que os princípios da justiça não são passíveis de ponderação, fora da posição original, porquanto dizem respeito à distribuição dos bens na sociedade; tarefa não reservada aos juízes. A ponderação possível ao juiz ocorre quanto aos princípios individuais, pois estes têm como base o respeito ou a garantia de algum direito individual ou de grupo e não a proteção de algum bem coletivo. O papel dos juízes no quarto estágio não é realizar ponderação com os princípios da justiça já definidos, mas tentar aplicá-los de acordo com a densificação estabelecida na constituição e nas leis; podem pesar os princípios aplicados aos indivíduos, sem alterar o arranjo institucional estabelecido por acordo pela sociedade quanto aos princípios da justiça.

O Judiciário brasileiro tem como prática o formalismo positivista legalista de matriz *kelseniana*. Ela não é adequada à utilização da justiça como equidade como argumentação. Esta só é possível com a superação desse paradigma e a adoção do

---

[153] RAWLS, Ob. cit., p. 244.

sistema monofásico ou de análise holística de identificação e justificação da lei (*Teoria Construtivista*). Relativamente às instituições jurídicas e de acordo com o escopo deste trabalho, *O direito como integridade* encontra fundamento e conexão com a teoria crítica liberal de Rawls por compartilhar as bases sobre a concepção de igualdade. Para cumprir nosso objetivo e no âmbito do Direito, podemos fazer a correlação das duas teorias da argumentação, a fim de melhor fundamentar a necessidade de decisões judiciais coerentes com os princípios da justiça.

No âmbito das instituições jurídicas o direito como integridade parece ser consentâneo com a teoria da justiça de Rawls, porquanto é uma forma de adotar um comportamento hermenêutico que recorre sempre aos princípios, que podem ser os da justiça apresentados por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*, além de ser de inspiração nitidamente liberal. Apenas com a definição da teoria que melhor representa o pensamento da comunidade, conforme definido teoricamente por Rawls, sem esquecer a história política dessa mesma comunidade é possível a edição de decisões judiciais mais corretas e coerentes. Essa visão holística do direito na interpretação das instituições jurídicas provavelmente garantirá que diferentes juízes estabelecerão decisões coerentes com a verdadeira história política de sua comunidade e restringirá suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral aos princípios da justiça e valores ético-constitucionais. É dizer: toda interpretação deve ser pautada em argumentos decorrentes de uma teoria base forte, de maneira a diminuir o decisionismo, a discricionariedade judicial, e garantir decisões judiciais uniformes.

REFERÊNCIAS

ABREU, Luiz Eduardo Lacerda Abreu. Qual o sentido de Rawls para nós? Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. The deceptive nature of rules. University of Pennsylvania Law Review, 142, n.º 04, 1994.

ARON, Raymund. As etapas do pensamento sociológico. Trad. Ségio Bath, 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. Tradução: Raíssa R. Mendes - Revisão: Menelick de Carvalho Netto Cadernos da Escola do Legislativo: Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The Forum of Principle. In New York University Law Review, New York, n. 56, 1981, pp. 469-518.

_____. "Liberal Community". In Liberalism and Its Critics, edited by Michael J. Sandel, 205-23. New York: New York University Press, 1984.

_____. "Liberalism". In Liberalism and Its Critics, edited by Michael J. Sandel, 60-79. New York: New York University Press, 1984.

_____. Objectivity and truth: you'd better believe it. Philosophy & Public Affairs, 25, n.º 02, 1996.

_____. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto. Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma, Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GUASTINI, Ricardo. Estúdios de Teoría Constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUTMANN, Amy. Communitarian Critics of Liberalism. Philosophy and Public Affairs 14, 1985, p. 308-22.

HARRIS, J.W. Legal Philosophes. 2ª ed., New York: Oxford University Press, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Batista Machado. 4.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. São Paulo: Perspectiva, 2011

KYMLICKA, Will. “Liberal Individualism and Liberal Neutrality”. In Communitarianism and Individualism, edited by Shlomo Avineri and Avner De-Shalit, 165-85. Oxford [England]. New York: Oxford University Press, 1992.

MACINTYRE, Alasdair. Depois da Virtude. Um estudo em teoria moral. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001.

NEAL Patrick, PARIS David. Liberalism and the communiarian critique: a guide for the perplexed. Canadian Journal of Political Science, vol. 23, nº. 03, Sep. 1990, p. 419-439.

NINO, Carlos Santiado. Introdução à análise do direito. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

____. Justiça como Eqüidade - uma reformulação. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. Trad. Carlos E. Pacheco do Amaral. ed. 2. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

____. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In Comunitarianism and Individualism, edited by Michael J. Sandel. New York: New York University Press, 1992, p. 149-58.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAYLOR, Charles. “Atomism”. In Communitarianism and Individualism, edited by Shlomo Avineri and Avner De-Shalit, 29-50. Oxford [England]. New York: Oxford University Press, 1992.

WALZER, Michael. Esferas da Justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

POR UM MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO PENAL

Roberto Carvalho Veloso[154]

Adriano Antunes Damasceno[155]

RESUMO: Neste artigo analisa-se uma perspectiva neoinstitucionalista do processo, na qual se reconhece não só a importância do contraditório, mas também da isonomia e da ampla defesa para a construção de um modelo democrático. Esse sistema não pode passar ao largo das desigualdades materialmente impostas em decorrência das promessas não cumpridas pelo Estado social. Assim, no referencial democrático que deve nortear o processo penal brasileiro a partir da redemocratização, as garantias processuais estabelecidas na Constituição necessitam ser efetivamente asseguradas além do ponto de vista puramente formal e da perspectiva paternalista materializada na figura do julgador socialmente comprometido. O processo penal precisa evoluir de uma simples relação jurídica para um procedimento em contraditório.
Palavras-chave: Processo. Procedimento. Relação jurídica. Contraditório.

ABSTRACT:In this article it's analyzed a neo-institutionalist perspective of the process, which recognizes not only the importance of contradiction, but also of equality and legal defense for the construction of a democratic model. This system can not bypass the material inequalities imposed due to unfulfilled promises by the social State. Thus, in the democratic concern that should guide the Brazilian criminal procedure from the redemocratization, the procedural safeguards provided in the Constitution need to be effectively ensured beyond the purely formal point of view and paternalistic perspective materialized in the figure of socially compromised judge. The criminal process must evolve from a simple legal relationship to a procedure in contradictory.
Keywords: Process. Procedure. Legal relationship. Contradictory

1. Introdução

A posição dominante acerca da relação entre jurisdição e processo é norteada por um paradigma social, que, na tentativa de superar o liberal, transferiu a centralidade da teoria processual da atuação das partes e de seus advogados para a

---

[154] Doutor e mestre em Direito pela UFPE. Juiz Federal. Currículo lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4732846H3

[155] Mestre pela UFMA. Defensor Público do Maranhão. Currículo lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4492935T8

atuação do juiz, considerado o representante do Estado no exercício de uma jurisdição burocratizada.

Esse predomínio teórico no campo processual é acompanhado de uma expansão da atividade jurisdicional na segunda metade do século XX, razão pela qual Picardi (2008, p. 1), em artigo publicado originalmente em 2004, fala da vocação do nosso tempo para a jurisdição (*La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*), após um período de influência das grandes codificações.

Diversas são as razões dessa ascensão da jurisdição na contemporaneidade. A expansão legislativa experimentada na primeira metade do século XX gerou um crescimento da Administração Pública e da burocracia estatal, confiando-lhes uma série de atividades nas quais o Estado passou a intervir. (CAPPELLETTI, 2008, p. 8).

Boa parte dessa expansão legislativa estava relacionada a direitos sociais promocionais que deveriam ser executados, ainda que programaticamente, pela Administração Pública. No entanto, a lei, por si só, não teve o condão de garantir a efetividade dos direitos declarados, restando o Judiciário, materializado na figura do juiz, como única alternativa para o cumprimento das promessas.

Também no que diz respeito ao fenômeno da criminalização experimentado nas sociedades pós-industriais, as deficiências de uma legislação penal associadas à pressão de novos atores como a mídia e grupos sociais organizados por punições e à incapacidade do Estado de atendê-las, ainda que no exercício de sua seletividade, ressoaram no Judiciário, que se viu obrigado a tratar criminalmente desde problemas de vizinhança relacionados à organização do espaço urbano até fenômenos como o terrorismo, a imigração, a luta fundiária, os levantes populares etc.

Paradoxalmente, o modelo social de aplicação do Direito, que supõe um juiz guardião dos valores homogêneos de uma sociedade heterogênea, torna-se de grande valia para a política neoliberal[156] e sua característica de Estado máximo na

[156] Cattoni de Oliveira (2008) chama atenção para os “riscos que na atualidade representa uma apropriação neoliberal do discurso materializante do Estado social, a partir de propostas reformistas

repressão e mínimo no social. No dizer de Garapon (1999, p. 26) o mercado, ao mesmo tempo em que rechaça o caráter tutelar do Estado, multiplica a recorrência ao jurídico, especialmente ao penal, onde aqueles a quem se ignora a condição de sujeitos de direito são reconhecidos pelo Estado com parte acusada em um processo. O Judiciário assume a função de garante da ordem pública e de "animador" da política de segurança pública.

Não por acaso, o número de prisões cautelares constitui o grande gargalo do sistema penitenciário de países como o Brasil. De outra banda, a aplicação da pena negociada substitui a pena decorrente da tentativa de reconstituição, ainda que parcial, do fato pretérito[157], justificando-se sua suposta legitimidade no argumento da autoridade estatal.

O Estado-juiz assume, assim, em definitivo, a função de "combate" à criminalidade e não mais de garante das liberdades individuais. As convicções de "justiça" do juiz são colocadas em prática na composição do vazio deixado pelo legislador. À grande massa de selecionados pelo sistema penal não resta mais a salvaguarda do processo em sua feição dialética, principalmente se levada em conta a não efetivação da política de assistência jurídica pública constitucionalmente assegurada.

Assim, a legitimidade da jurisdição segue resumida ao caráter burocrático dos órgãos de Estado. Tem-se, portanto, uma autoridade tradicional, não muito diferente da autoridade religiosa utilizada como fundamento de legitimidade pela inquisição.

---

de deformalização do processo – ou seja, de supressão de procedimentalidade que, a pretexto de afastar limites burocráticos à atividade *jurisdicional*, ou de extirpar entraves que emperram uma 'máquina judiciária', na verdade buscam manter uma 'espécie de dominação social pela impossibilidade do discurso'".

[157] Para uma crítica ao modelo negocial característico do sistema norte-americano cf. Schünemann (2013, p. 242): "Há de existir, portanto, outros motivos para a atual 'marcha triunfal' do modelo norte-americano de processo penal. Acredito (o que à primeira vista parece paradoxal) estarem estes motivos ancorados exatamente nas suas debilidades, nos seus déficits em relação aos mandames do estado de direito, pois que neste modelo, por trás da reluzente fachada de um modelo ideal – o adversarial – , para mais de 90% dos casos vige algo bem diverso: uma prática de sentenciamento acelerado, levada a cabo pelos órgãos de investigação sem qualquer controle judicial sério. Não é sua conformidade com os valores do estado de direito, mas são pelo contrário suas debilidades, que fazem hoje em dia o sistema norte-americano parecer tão atraente para os órgãos de persecução penal europeus e para a legislação por estes influenciada".

Nada obstante, a legitimidade da jurisdição estatal pelo simples fato de sua emanação advir de órgãos de Estado burocratizados não se sustenta diante da saturação da dicotomia liberal/social na aplicação do Direito e da ascensão de um paradigma que concebe a legitimidade a partir da Democracia. Como ressalta Garapon (1999, p. 141) "a história da justiça [da jurisdição] é aquela da profanação progressiva de toda autoridade tradicional".

Querer atribuir fonte de legitimidade à jurisdição pelo simples fato de ser exercida por órgãos burocratizados de Estado é o mesmo que nada dizer, principalmente no âmbito punitivo. É preciso, portanto, recorrer a uma construção pautada na Democracia, pois no dizer de Garapon (1999, p. 28) "os dois modelos precedentes – Direito formal do Estado liberal, Direito material do Estado provedor – estão hoje por um fio, e um novo modelo de Direito e de Democracia está nascendo".

O primeiro passo é repensar a própria ideia que se tem acerca da jurisdição e de seus fundamentos. Segundo Carré de Malberg (1948, p. 631), há uma concepção dominante no sentido de que o objeto da jurisdição seria a resolução de litígios, seja entre particulares seja entre estes e o Estado. O exercício da jurisdição suporia, necessariamente, uma discussão entre partes que sustentam pretensões contrárias ou que, pelo menos, o conflito fosse suscitado para que aquela pudesse atuar.

Se no âmbito cível as resistências opostas ao conflito de interesses como objeto da jurisdição são várias, quando se trata da atuação do Direito penal a resistência é ainda mais forte. Com efeito, o atuar da jurisdição e o desenvolvimento do processo penal, como aponta Coutinho (1988, p. 132-137), independem do litígio carneluttiano, compreendido como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Assim como se desenvolveu no âmbito do Direito penal o princípio *nulla poena sine lege*, constitui princípio basilar da atuação do Estado no âmbito punitivo o princípio *nulla poena sine judicio*[158]. A Administração não pode aplicar a pena sem

---

[158] Nesse sentido, Schünemann (2013, p. 246): "A decisão acerca da imposição da pena estatal, em contraste, não está sujeita à livre vontade do cidadão, exceto quanto à sua decisão de realizar ou não o tipo penal previsto em lei. Em virtude da natureza da pena enquanto um mal associado a uma

que a condenação seja fruto da atuação jurisdicional. O litígio, portanto, não só não é pressuposto da jurisdição como é dispensável quando se trata da aplicação da lei penal. Isso desconstrói a base que dá sustentação às pretensões de uma teoria geral do processo fundada no conceito de lide e que coloca a jurisdição como tema central dos estudos do Direito processual.

Insiste-se em um conceito de jurisdição calcado no conceito de lide que serviria de base para a teoria geral do processo. Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, p. 129) asseveram que a jurisdição " [...] é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça". Como se pode observar, sob a influência do paradigma social acresce-se uma vaga e imprecisa menção à justiça, pois se acredita que ao juiz caberia materializá-la em nome do Estado quando da apreciação dos casos que lhe são postos.

Em suma, reafirma-se a primazia da jurisdição, compreendida como a aplicação solitária do Direito pelo juiz, sobre o processo. Este é visto como um instrumento formal, cuja utilidade está atrelada ao cumprimento de fins e valores estatais, reconhecidos normativamente ou não, o que implica sérios riscos para a ordem democrática[159].

É necessário, portanto, retomar a discussão entre processo e jurisdição a partir de um novo paradigma, que implique a submissão da jurisdição à problematização que a Democracia impõe para assim "elaborar uma reconstrução teórica da jurisdição a partir do Direito processual instituidor e assegurador dos pressupostos das práticas discursivas legitimadoras das decisões democráticas". (LEAL, A., 2008, p. 34).

Isso porque, mesmo quando se afirma a impossibilidade de aplicação da pena sem a atuação da jurisdição, deve-se ter em mente que não há, na Democracia, jurisdição penal sem processo penal. Assim, a mudança paradigmática a seguir

---

reprovação moral, capaz inclusive de destruir ou ao menos prejudicar seriamente a existência física, mas sobretudo a existência social do indivíduo, faz-se impossível que o estado imponha esta mas grave das graves consequências jurídicas somente porque o indivíduo por sua livre vontade o queira".

[159] Segundo Dinamarco (2009a, p. 93), o processo "é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema)".

aventada pressupõe a compreensão da jurisdição penal a partir do processo, retornando este para o cerne da teoria processual.

2. O paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito

O déficit de legitimidade normativa característico das sociedades multiculturais e descentradas é apontado por Leal, A. (2008, p. 22) como uma das grandes questões enfrentadas por estudiosos do Direito, da Sociologia e da Filosofia desde a segunda metade do século XX.

Como destaca Habermas (2002, p. 288), o Direito positivo atrai para dentro de si um "turbilhão de temporalidade", que implica a possibilidade de modificação, mesmo das normas de natureza constitucional, a qualquer tempo. O dilema que se coloca, portanto, diz respeito ao fundamento de legitimidade de um Direito que pode ser submetido a constantes modificações.

No dizer de Habermas (2002, p. 288), o Direito natural, amparado na religião ou na metafísica, serviu de suporte para que a subordinação do Direito a uma moral eternamente válida pudesse oferecer uma solução aparente para a problemática, sem que se considerasse, contudo, a própria temporalidade ínsita ao Direito, o que torna esse tipo de fundamentação sem qualquer efeito em um nível pós-tradicional.

Há, assim, uma tensão permanente entre facticidade e validade inerente ao Direito, que pode ser constatada a partir da "oposição entre coerção estatal e fundamentação racional, assim como entre positividade e legitimidade". (ALEXY, 2009, p. 119).

O que se pode concluir é que a tentativa de superação do paradigma liberal do Direito resultou em um Estado intervencionista que pouco conseguiu cumprir daquilo que lhe fora confiado. Não fosse o suficiente, o distanciamento entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos, conforme entendimento de Habermas (2003, p. 146-147) gerou um déficit de participação adequada na formação

dos atos estatais, jurisdicionais ou políticos. Isso porque o paradigma social padece do mesmo problema do paradigma liberal: a sobrevalorização da autonomia privada em detrimento da autonomia pública[160].

A diferença é, segundo Alexy (2009, p. 129), que enquanto o paradigma liberal buscava assegurar autonomia privada, o paradigma social buscou produzi-la por meio de direitos prestacionais.

Rejeitar o paradigma tutelar do Estado social, contudo, não implica levar a autonomia privada ao extremo, tampouco deixar a concretização dos direitos ao sabor do mercado[161]. Reconstruir uma autonomia cidadã, capaz de garantir ao indivíduo a possibilidade de conformar seu destino, implica assumir o paradigma do diálogo, capaz de reconciliar a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Esse processo de reconstituição da autonomia pública e privada dos cidadãos pressupõe a ruptura com a filosofia do sujeito na qual o indivíduo reflete criticamente sobre seu lugar no mundo a partir de uma razão subjetiva individual, assumindo-se, por consequência, um pragmatismo que toma o indivíduo como um ser ontologicamente social que atua e conforma sua realidade a partir da linguagem. (CITTADINO, 2009, p. 169).

Esse "giro linguístico" [162] proporcionado pela filosofia habermasiana abre espaço para um novo paradigma, no qual a interação comunicacional é a base das relações sociais, não havendo, portanto, que se falar em valores constituídos fora da linguagem.

---

[160] Cf. Forst (2009, p. 188): "Enquanto o paradigma liberal do direito enfatiza a garantia formal da autonomia privada, mas não levando em suficientemente em consideração desigualdades e não-liberdades fáticas, o paradigma do Estado social tenta compensar este fato por intermédio de um enriquecimento material do conceito de autonomia (e respectivos direitos a prestações positivas), mas permanece vinculado igualmente à noção de autonomia privada, abrigando o perigo de uma fixação juridicizante e paternalista deste *status*. "

[161] Para Habermas (2003, p. 148), refutar o paradigma do Estado social não implica um retorno à sociedade burguesa, como propõe o neoliberalismo, mas sim retomar o projeto do Estado social a partir de uma reflexão superior.

[162] Esse giro "indica o caminho que vai da *critica cognitiva* como análise da *consciência* à *crítica cognitiva* como análise da *linguagem*. Essa mudança é decisiva para a filosofia, pois significa um movimento que vai da consciência para a linguagem, modificando o procedimento filosófico em relação à validação da verdade, que de monológico passa a ter uma exigência dialógica discursiva". (LUDWIG, 2006, p. 44).

O fundamento de legitimidade do Direito, portanto, não pode mais se dar pela vinculação a uma moral universal constituída a partir de um "conjunto de prescrições dogmáticas de fundo subjetivo, que se impõem de modo absoluto e incondicionado". (MARQUES NETO, 1990, p. 106).

A legitimidade do Direito há de se dar discursivamente, o que significa dizer que

> [...] o ordenamento normativo é resultado da autonomia de sujeitos de direitos associados. [...] estamos diante de um modelo que supõe um debate público no qual pessoas livres e iguais definem quais direitos devem mutuamente reconhecer se pretendem legitimamente regular sua vida em comum através do direito. (CITTADINO, 2009, p. 171).

Assim, o Direito só pode legitimar-se a partir de um "arranjo comunicativo", que depende da institucionalização de procedimentos que assegurem a mais ampla participação em seu processo de formação. Assume-se nessa perspectiva, pela institucionalização do princípio do discurso, um paradigma essencialmente procedimentalista do Estado Democrático de Direito, que "formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do Direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los". (HABERMAS, 2003, p. 190).

Destarte, no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, autonomia pública e privada reconciliam-se, pois se abandona a ideia de um Estado salvacionista, tutor e provedor de direitos não submetidos ao crivo do procedimento discursivo, para assumir um paradigma no qual os destinatários da norma jurídica sejam também responsáveis por sua construção.

Portanto, o Direito deixa de ser compreendido como violência institucionalizada, legitimada *a priori*. Sua legitimidade, segundo Habermas (2003, p. 146), é decorrência de um arranjo comunicativo que garante a formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos com os mesmos direitos

E se o Direito legítimo é aquele que se erige mediante condições de participação tais que se possa falar na aceitação racional[163] por parte dos membros da comunidade jurídica numa formação discursiva da opinião e da vontade não faz sentido se imaginar, no plano da aplicação desse Direito, uma jurisdição guardiã de valores solipsisticamente eleitos. (LEAL, R., 2002, p. 75).

Operada a ruptura epistemológica proporcionada pela adoção de um paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, o problema da legitimidade do exercício da jurisdição precisa ser devidamente enfrentado, pois, como afirma Cattoni de Oliveira (2001, p. 142), nesse paradigma não se é indiferente à forma como os juízes e tribunais decidem. Estes têm uma responsabilidade, que lhes é atribuída constitucionalmente, no sentido de justificar racionalmente suas decisões e pautá-las no ordenamento vigente.

É claro que o juiz não pode ser concebido como mero autômato da lei. Afinal, no pensamento jurídico contemporâneo é inconcebível aceitar a lógica formal como método do pensamento jurídico por excelência.

Segundo Kelsen (1998, p. 390-391), isso não significa atribuir ao juiz o poder de criação normativa dentro da moldura da norma geral, como se o ato de interpretar fosse uma simples escolha individual.

A exigência de aceitabilidade racional das decisões judiciais tampouco é atendida por meio de um suposto privilégio cognitivo característico de um juiz Hércules, figura mítica criada por Dworkin (2002, p. 165), cuja "capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas" possibilitam-lhe "desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem".

Percebe-se, assim, que a legitimidade do exercício da jurisdição no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito exige uma problematização a partir da teoria do Direito e da teoria do processo ancoradas na

---

[163]"A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizadas e elaboradas em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis". (HABERMAS, 2003, p. 213).

Filosofia, que repele, de plano, tentativas de sustentar a decisão judicial a partir de uma interpretação solipsística.

Com efeito, não subsiste espaço para se conceber a interpretação fora de um contexto comunicacional. Interpretar não implica desvendar o “verdadeiro” significado, aquele que o emissor originário intentou expressar, mas, sim, atribuir sentido, compreender aquilo que é comunicado dentro de um contexto compartilhado que forneça os recursos necessários para a compreensão[164].

Daí por que Habermas (2009, p. 128) afirma que a interpretação depende de um complexo de racionalidade amparado por “um pano de fundo que fornece contextos e recursos mais ou menos apropriados para as tentativas de entendimento mútuo e solução de problema”.

Desse modo, a atividade interpretativa, ínsita ao exercício da jurisdição, deve ser vista como um empreendimento comum, que se desenvolve a partir da comunicação pública dos cidadãos (HABERMAS, 2003, p. 278). E se o ato de interpretar, enquanto atribuição de significado perante o outro, pressupõe um contexto compartilhado, ele deve ser realizado, para efeito de produção das decisões judiciais, dentro de uma estrutura procedimental que garanta a plena participação dos interessados. Como afirma Leal, R. (2010, p. 47)

> [...] a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício de **discussão horizontal** de direitos pelas partes no **espaço-tempo** construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser a conclusão das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário de realização de justiça.

Nesse contexto, o processo assume uma posição central. Não o processo concebido na simplificação da relação jurídica, reduzido, embora se tente demonstrar

[164] Cf. Cattoni de Oliveira (2001, p. 144): “[...] a atividade de interpretação não se dá como acreditam certas correntes positivistas, porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que editou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretenso verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou intentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, sob o pano de fundo de tradições e mundos da vida compartilháveis”.

o contrário, ao próprio procedimento, e, sim, o processo enquanto procedimento do qual estão habilitados a participar todos aqueles cuja esfera jurídica poderá sofrer os efeitos da decisão tomada.

Essa reformulação em torno da teoria do Direito, alicerçada na filosofia da linguagem, alcançada pela assunção do paradigma procedimentalista, permite colocar o problema da legitimidade do exercício da jurisdição em primeiro plano, possibilitando que a questão seja efetivamente enfrentada.

Entretanto, se as teorias do processo dominantes seguem amparadas por um paradigma social, a mudança de paradigma impõe a reformulação da teoria processual, a fim de compatibilizá-la com as exigências de legitimidade que a Democracia impõe.

3. Pensando a jurisdição a partir do processo: o processo enquanto procedimento em contraditório (A desconstrução da relação jurídica processual)

Como já afirmado, a teoria do processo como relação jurídica, desenvolvida por Oskar von Bülow no século XIX foi – e continua sendo – o pilar teórico que dá sustentação à vinculação do processo ao paradigma social. Assim, o processo segue compreendido majoritariamente como uma relação jurídica processual – que precisa cumprir determinados requisitos para sua formulação válida e regular – entre juiz, autor e réu, distinta da relação jurídica que envolve o Direito material em debate. No dizer de Leal, R. (2011, p. 65)

Bülow trabalhou pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação **juiz**, **autor** e **réu**, em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, autor e réu, deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do **bem da vida** que define a matéria de **mérito**.

Assim, ao destacar a relação jurídica processual da relação jurídica de direito material debatida, Bülow (2008) teria assegurado a autonomia do processo[165], razão pela qual muitos lhe atribuem a autonomia científica do Direito processual[166].

Também seria mérito da relação jurídica processual bülowiana o resgate da distinção entre processo e procedimento, embora em Bülow (2008) e naqueles que tentaram desenvolvê-la a partir dessa matriz teórica os fundamentos da distinção não se mostrem satisfatórios, como se verá mais adiante.

Sob o signo da socialização processual o relacionismo assumiu no Brasil os contornos do processo como instrumento da jurisdição na consecução de fins estatais, inclusive "metajurídicos", sendo esta, ainda hoje, a doutrina mais difundida em termos de teoria do processo.

A partir dessa linha de pensamento, como decorrência do estado de sujeição das partes em relação ao Estado-juiz que caracteriza a relação jurídica processual, a jurisdição enquanto atividade estatal desenvolvida pelos juízes deveria "revelar e veicular" juízos axiológicos. (DINAMARCO, 2009a, p. 48).

Como também já se afirmou, a relação jurídica processual repercute no âmbito do processo penal, apesar de todas as consequências que a compreensão teórica em questão suscita no âmbito da persecução penal.

Nos passos da relação processual de Bülow, afirma Lima (2007, p. 134) que o conceito de processo é unitário, sendo a diferença entre o processo penal e os demais processos a natureza da pretensão deduzida, ou seja, a aplicação de uma norma penal ou processual penal. Para ele, o processo penal é uma relação jurídica autônoma que não se confunde com o direito material.

---

[165] Convém ressaltar que antes de Bülow já se podia falar em relação jurídica processual: "Não é que Bülow haja propriamente *criado* a idéia de que no processo há uma relação jurídica entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida: antes dele outros autores já haviam acenado a essa idéia, a qual, de resto, estava presente inclusive em antigo texto do direito comum italiano (Búlgaro): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei;* e, segundo alguns, nas próprias Ordenações do Reino já se vislumbrava, ainda que sem muita nitidez, a instituição de uma relação jurídica ligando partes e Estado-juiz (trata-se da 'instância' ou 'juízo', de que falam as Ordenações Filipinas). (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2000, p. 278).

[166] Para Dinamarco (2009b, 260-261), por exemplo: "A sistematização de idéias em torno da *relação jurídica processual* conduziu às primeiras colocações do direito processual como *ciência*, afirmado seu *método* próprio (distinto do método concernente ao direito privado) e seu próprio *objeto material* (as categorias jurídico-processuais: jurisdição, ação, defesa e processo).

O processo distinguir-se-ia do procedimento por ser o conjunto de atos destinados ao julgamento da pretensão pelo Estado-juiz, ao passo que o procedimento nada mais seria que o rito utilizado no processo (LIMA, 2007, p. 134).

Tornaghi (1953, p. 87) visualiza a existência de uma verdadeira relação processual penal, cujas características seriam as mesmas aventadas no âmbito do processo civil: a autonomia em relação ao direito material e o caráter público da relação.

Apesar de reconhecer que a relação jurídica processual é incapaz de explicar inteiramente o processo, Fernandes (2007, p. 46) destaca a importância da teoria para o processo penal em razão de, a partir dela, garantir-se ao réu a condição jurídica de sujeito de direitos processuais, o que de fato não é pouco quando se fala da persecução penal.

Nada obstante, o referencial teórico sobre o qual se firma a relação jurídica processual não resiste diante de um enfrentamento mais acurado de seus postulados, restando contraditórias as tentativas de sustentá-la no atual estágio do Direito processual. Não por outra razão, a vertente instrumentalista do relacionismo bülowiano se esforça para ancorar a relação jurídica processual em bases teóricas completamente diversas, como o processo enquanto procedimento em contraditório, do qual logo se falará.

O primeiro problema frente ao qual se coloca a relação jurídica processual diz respeito à possibilidade de sustentá-la perante um paradigma que se contraponha ao paradigma do Estado social. Como já abordado, a questão referente à legitimidade do exercício da jurisdição no Estado social segue alheia aos questionamentos típicos das democracias contemporâneas.

A concepção do processo enquanto relação jurídica não consegue responder ao questionamento fundamental acerca da legitimidade do exercício da jurisdição. Embora haja um esforço no sentido de desenvolver as categorias do processo, este segue como acessório de uma jurisdição não problematizada.

As teorias do processo de matriz relacionista seguem, assim, presas ao que Leal, A. (2008, p. 61) denomina "paradoxo de Bülow", que consiste na

impossibilidade da teoria processual de oferecer mecanismos adequados ao controle da alta carga de subjetividade conferida ao juiz no exercício da atividade jurisdicional

> Dificuldades incontornáveis surgem quando as teorias do processo tentam clarificar aspectos de uma 'atividade jurisdicional' que se desenvolve pelas pessoas dos magistrados, porque isso desemboca em concepções intrinsecamente monológicas e solipsistas de jurisdição que não se alinham ao paradigma democrático procedimentalista. (LEAL, A., 2008, p. 27).

Desse modo, o giro paradigmático operado pela assunção de um paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, que impõe a devida problematização das atividades estatais, exige uma ruptura com a herança de Bülow e sua vertente instrumentalista, já que no paradigma procedimentalista o processo assume o status de *locus* reservado à formação discursiva dos atos estatais[167].

É preciso, portanto, compreender o processo jurisdicional a partir do processo, tomado de modo amplo, e não a partir da própria jurisdição (LEAL, A., 2008, p. 110), o que fica impossível de ser alcançado sob a ótica da relação jurídica processual.

Um dos primeiros a chegar a essa conclusão, esboçando uma teoria científica da jurisdição a partir do processo, foi Fazzalari (2006), cuja teoria do processo enquanto procedimento em contraditório encontrou em Gonçalves (1992) um ativo interlocutor em terras brasileiras.

Nada obstante os esforços no sentido de aproximar a teoria da relação jurídica processual e a teoria do processo enquanto procedimento em contraditório[168], como se ambas se complementassem, esta opera uma verdadeira

---

[167] Na definição de Garapon (1999, p. 218) "o processo é a encenação mais evidente do espaço público, compreendido como o local onde é reconhecida a cada um sua capacidade de sujeito de direito e, portanto, apto a fazer uso público da palavra".

[168] Para Dinamarco (2009b, p. 29-30): "[...] a disciplina legal das situações ativas e passivas que integram a relação jurídica processual é o reflexo infraconstitucional da garantia constitucional do contraditório. Atribuir situações ativas e passivas aos litigantes e ao Estado-juiz é instrumentalizar no *plano jurídico* a dupla exigência posta em nível *político*, de modo que um modelo legal portador de adequada disciplina dessas situações é um modelo respeitoso a essa garantia. Visto o processo assim, acaba sendo indiferente afirmar que ele, como entidade complexa, compõe-se de *procedimento* e *relação processual* (Liebman) ou que ele é simplesmente um *procedimento em contraditório* (Fazzalari). Somados e assim harmonizados em uma visão bifocal mas convergente, o aspecto político e o aspecto técnico de uma mesma realidade concorrem para melhor entender a entidade complexa do

ruptura epistemológica no âmbito do Direito processual[169], razão pela qual Leal, A., (2008, p. 110) fala de uma ciência do processo pós-fazzalariana. Isso porque a teoria do processo enquanto procedimento em contraditório que se desenvolve entre partes em simétrica paridade refuta a própria ideia de relação jurídica sobre a qual se funda a teoria bülowiana.

A relação jurídica da teoria de Bülow (2008) está amparada em uma noção de Direito subjetivo de origem pandectista que se contrapõe a um Direito objetivo, compreendido como o conjunto de leis positivas. A um Direito subjetivo "real", que imporia um dever a todos os membros de uma sociedade – daí porque também chamado de absoluto –, opor-se-ia um Direito subjetivo "relativo" ao qual corresponderia um dever de outrem.

A esse Direito subjetivo relativo equipara-se a figura da relação jurídica. Assim, segundo Gonçalves (1992, p. 73-74), a relação jurídica configuraria um enlace normativo entre duas ou mais pessoas segundo o qual uma pode exigir o cumprimento de um dever jurídico por parte da(s) outra(s).

Tomada dessa forma, como vínculo entre sujeitos que implica o poder de um sobre a conduta do outro, a relação jurídica mostrou-se incapaz de dar resposta adequada a determinadas situações jurídicas, especialmente em relação aos direitos personalíssimos, já que quanto a estes não há que se falar em vínculo entre sujeitos.

A partir do conceito de norma, Fazzalari (2006, p. 76-88) demonstra que o concedido a um determinado sujeito não é o poder de exigir uma conduta de outrem, e, sim, situações de vantagem em relação a um bem, ou seja, posições subjetivas, o que impõe, caso ainda se queira mantê-lo, a revisão do conceito de Direito subjetivo.

---

processo – e até mesmo concorre, cada um desses aspectos, para a melhor compreensão do outro". Cf. também Bedaque (2013, p. 117): "Assim, a relação processual tem seu próprio escopo, que jamais é o mesmo da relação de direito material. Pode esta pertencer ao direito público ou privado, não importa. O processo, entendido como relação processual mais procedimento, ou como procedimento realizado em contraditório, tem sempre a mesma finalidade a ser atingida: a manutenção do ordenamento jurídico, do que advém a afirmação da autoridade do Estado e da paz social".

[169] Para Leal (A., 2008, p. 121) a partir de Fazzalari "houve um *deslocamento* científico importante do eixo da reflexão das teorias do processo – o que se estampa na afirmativa que a *jurisdição* tem de ser estudada *a partir do processo* e não *o processo a partir da jurisdição*".

Para Fazzalari (2006, p.338), do ponto de vista lógico-formal a norma consiste no padrão de valoração de uma determinada conduta que se estrutura a partir da descrição do comportamento do ato a ser regulado e da ligação a esse ato das qualificações de "lícito" ou "obrigatório", garantindo ao sujeito determinadas faculdades ou obrigações.

Nessa perspectiva, o que a norma garante não é o poder de um sujeito em relação a outrem, mas uma posição de vantagem do sujeito em relação a um bem que se funda na existência de uma situação jurídica. Tome-se como exemplo a legítima defesa[170] ou o desforço imediato. O que a norma – compreendida a partir da articulação do ato que se quer regular com determinadas qualificações – atribui ao sujeito são faculdades ou poderes para agir diante de determinadas situações, mas sempre dentro dos estritos limites que o próprio ordenamento jurídico impõe. Aquele que deixa de agir diante de uma agressão injusta não deixa de exercer um poder sobre a conduta de outrem, mas deixa de exercitar um poder de proteção de seus bens que o próprio ordenamento jurídico lhe confere.

Não mais subsistindo a noção de Direito subjetivo sobre a qual se funda o conceito de relação jurídica, torna-se difícil sustentar a relação jurídica processual[171]. No processo, as partes, tampouco o juiz, não exigem condutas uns dos outros. Os comportamentos a serem exercitados dentro do processo e suas consequências decorrem da norma processual. Se, no processo penal, o acusado se recusa a participar da acareação, nem o juiz nem o órgão responsável pela acusação podem exigir qualquer conduta de sua parte. Ao imputado resta arcar com as consequências

---

[170] O exemplo é de Gonçalves (1992, p. 93).

[171] A rejeição da relação jurídica processual por parte de Fazzalari fica clara quando afirma que "o clichê da 'relação jurídica', que foi útil, ao seu tempo, para entender a ação como posição jurídica subjetiva em uma estrutura mais articulada, a da relação jurídica, uma vez que ela é considerada sob o plano das posições subjetivas, é incompatível com o processo, pois a relação jurídica é um esquema simples e incapaz de conter a complexidade do processo (assumir que a relação processual é relação jurídica *complexa* é pura convenção de linguagem, que leva em conta a realidade, mas não a explica, o que somente remete novamente a uma outra convenção); e, como esquema estático, não pode representar-lhe a dinâmica". (FAZZALARI, 2006, p. 140-141).

que podem advir de sua decisão, sejam elas positivas ou negativas[172], respeitando-se as prerrogativas constitucionais que lhe são asseguradas.

A doutrina da situação jurídica, que culmina no processo como situação jurídica desenvolvida por Goldschmit (2002), cumpre um papel fundamental ao demonstrar a impossibilidade de se considerar no processo vínculos imperativos entre sujeitos, mas não se pode afirmar que o processo configura uma situação jurídica.

A partir da articulação em série dessas situações jurídicas, Fazzalari (2006, p. 93) chega ao conceito de procedimento enquanto estrutura normativa preparatória dos atos estatais. Existe procedimento sempre que se está diante de uma série de normas, cada qual qualificando uma determinada conduta como lícita ou ilícita, conectadas umas as outras por estabelecerem como condição de incidência o cumprimento do que fora determinado por outra norma da série até que se chegue ao ato final.

Assim, o procedimento pode ser visto como uma sequencia de posições subjetivas extraídas da norma e, portanto, configuradoras de determinadas situações jurídicas que seguem necessariamente interligadas em direção a um ato final.

Como destaca Gonçalves (1992, p. 102), o procedimento não se resume a um único ato, pois seu conceito exige uma série de atos disciplinados normativamente que se conectam dirigindo a sequência de seu desenvolvimento. Essa sequência de situações jurídicas disciplinadas e concatenadas normativamente, criando uma relação de dependência dos atos posteriores em relação aos atos precedentes, destina-se à edição do ato final: o provimento. Nesse sentido afirma Gonçalves (1992, p.102)

---

[172] No mesmo sentido, mas assumindo uma perspectiva de cargas processuais e não de obrigações, Lopes Júnior (2011, p. 44): "Assim, sempre que as partes estiverem em situação de obter, por meio de uma vantagem processual e, em última análise, uma sentença favorável têm uma possibilidade ou chance processual. O produzir uma prova, refutar uma alegação, juntar um documento no devido momento são típicos casos de aproveitamento de chance.
Tampouco incumbem às partes obrigações, mas sim *cargas processuais*, entendidas como a realização de atos com a finalidade de prevenir um prejuízo processual e, consequentemente, uma sentença desfavorável".

O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato de Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional.

Desse modo, os atos pelos quais o Estado, seja no âmbito legislativo, executivo ou jurisdicional, emana disposições de caráter imperativo – ou seja, os provimentos – devem ser precedidos do respectivo procedimento. No dizer de Fazzalari (2006, p. 32-33), o provimento de um órgão de Estado constitui a conclusão de um procedimento.

Têm-se, assim, dois conceitos fundamentais para a compreensão do processo enquanto procedimento em contraditório: provimento e procedimento. Ambos podem ser compreendidos como categorias gerais do Direito, pois não só os provimentos jurisdicionais são precedidos do respectivo procedimento. Tanto no âmbito legislativo quanto no âmbito judiciário, como mencionado, os provimentos devem ser precedidos do procedimento disciplinado normativamente.

A partir desse conceito de procedimento, relacionado à edição dos provimentos estatais, é possível estabelecer a diferença entre procedimento e processo a partir de novas bases teóricas.

Gonçalves (1992, p. 63-64) destaca que se firmou doutrinariamente uma distinção entre procedimento e processo a partir de um critério teleológico. Enquanto o procedimento é visto sob um prisma exclusivamente formal, passando a ser compreendido como os atos de uma técnica ou como a própria técnica, ao processo seria atribuída uma natureza teleológica de exercício do poder[173]. O processo ficaria, assim, como instrumento para a positivação do poder.

---

[173] Cf. Jardim (1984, p. 100): "[...] o processo é uma seqüência de atos, agrupados de forma orgânica e teleológica, utilizada pelo órgão jurisdicional para o julgamento da pretensão do autor ou de sua admissibilidade. Já o procedimento tem uma noção meramente formal, nada mais sendo que a direção que os atos processuais tomam, ou seja, o rito a ser imprimido aos atos do processo. Em outras palavras, o procedimento é uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo".

Há nessa distinção um primeiro problema que consiste na não observância do caráter teleológico que toda técnica possui. Se considerado como meio pelo qual o processo se exterioriza, o procedimento já possui uma finalidade que não poderia ser ignorada pela teoria processual. (GONÇALVES, 1992, p. 65-66).

Processo e procedimento devem ser analisados a partir de um critério lógico, não finalístico. Se investigadas as características de ambos dentro do próprio sistema normativo que os disciplinam, observar-se-á que entre eles há uma relação de inclusão (GONÇALVES, 1992, p. 68), pois o processo deve ser visto como espécie do gênero procedimento, mas que dele se especifica em razão da participação dos interessados na formação do ato final, ou seja, do provimento. Assim, pode-se falar em processo

> [...] quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Do mesmo modo como acontece em relação ao procedimento, o conceito de processo não é exclusividade da atuação jurisdicional. Segundo Fazzalari (2006, p. 37), o modelo processual, ou seja, aquele que pressupõe a participação dos interessados em contraditório durante o *iter* de formação do ato final, é utilizado todas as vezes que a atividade desenvolvida deva lidar com interesses em oposição.

Procedimento e processo possuem uma relação de gênero e espécie, de tal sorte que haverá processo sempre que o procedimento garantir aos interessados a participação[174], em simétrica paridade, na formação do ato final ao qual se destina. O contraditório, compreendido como a efetiva participação dos interessados na fase de preparação do ato final do procedimento é o elemento central da separação entre

---

[174] Cf. Gonçalves (1992, p. 112): "O processo começará a se caracterizar como uma 'espécie' do 'género' procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos 'interessados', juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas".

procedimento e processo na teoria fazzalariana. Em suma, não há processo sem contraditório.

4. Teoria neoinstitucionalista do processo

É inegável o contributo de Fazzalari (2006) para a teoria processual, pois, como se pôde observar, é a partir da compreensão do processo como procedimento que se desenvolve em contraditório entre partes em simétrica paridade que se alcançam os avanços necessários à ruptura com a relação jurídica processual de Bülow, na qual ainda permanece preso o Direito processual, especialmente as correntes socializadoras tão difundidas no Brasil, a exemplo do instrumentalismo processual.

Não obstante, a teoria fazzalariana permanece ainda vinculada a paradigmas alheios ao Estado Democrático de Direito, pois o provimento jurisdicional, seja ele decorrência do processo ou do procedimento, permanece como ato do juiz, sem que haja a devida problematização da questão referente ao exercício da jurisdição. (LEAL, A., 2008, p. 116).

Com efeito, a partir de uma distinção entre normas primárias e secundárias, Fazzalari chega a um conceito de jurisdição como ato de Estado exercido pelos juízes em superposição às partes. As normas primárias são aquelas que distribuem deveres na sociedade, promovendo a cooperação entre o maior número de sujeitos para a promoção dos fins propostos pelo ordenamento jurídico. A não observância destas dá ensejo à atuação de um conjunto de normas secundárias, cuja função seria justamente assegurar, direta ou indiretamente, a estabilidade do ordenamento como um todo. Tais normas de caráter secundário é que regulam, segundo Fazzalari (2006, p. 133-134), a jurisdição

Ao contrário, acima de todas, há uma série de normas que confia, em geral ao Estado, o dever de reagir à inobservância de uma norma primária e que regula todas as atividades por meio das quais tais reações são decididas e realizadas. Essas normas são reguladoras da "*jurisdição*", que é exatamente a atividade mediante a qual o Estado, por meio dos juízes (seus órgãos), se coloca por cima dos sujeitos

implicados na violação de uma norma primária e, ouvidas as suas razões, providencia para fazer cessar o estado de fato contrário ao Direito e a repristinar, na medida do possível, um estado de coisas conforme o Direito.

Desse modo, Fazzalari (2006) não consegue se livrar por completo do paradoxo de Bülow (2008), ainda que sua teoria do processo enquanto procedimento em contraditório tenha superado os postulados da relação jurídica processual, já que o exercício da jurisdição continua a ser vislumbrado como atividade estritamente estatal de natureza tutelar em relação ao indivíduo, por mais que os posicionamentos deste sejam considerados quando do ato judicial.

É de se notar, portanto, que tão só a reconstrução técnica levada a cabo pela teoria do processo não tem o condão de assegurar a função constitutiva de provimentos legítimos. A legitimidade decisória só pode ser alcançada por meio da institucionalização de condições que assegurem a discursividade que funda o Direito democrático e o mantém legítimo.

É a partir dessa perspectiva que Leal, R. (2002, p. 178-179) propõe uma teoria neoinstitucionalista do processo

> [...] é de se reclamar uma *teoria (neo) institucionalista do processo*, voltada a qualificar o discurso da procedimentalidade fundante do Direito democrático, a que nos dedicamos, em que seja o processo como instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espácio-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa.

Como se observa na proposta neoinstitucionalista, o processo é constitutivo da Democracia. A própria Constituição é resultado dos embates realizados dentro de um espaço processualizado[175], no qual o povo, enquanto

---

[175]Nesse sentido, Leal, R. (2011, p. 71) afirma: “Saliente-se que, mesmo no Estado constituinte, entendemos que o processo é cláusula inderrogável de resistência jurídica com raízes na soberania popular (única fonte legítima de poder) na construção da constituição, porque não seguida a principiologia do **processo** constituinte, não se pode falar em legitimidade legislativa na geração da norma constitucional”.

instância de atribuição, segundo Müller (2011, p. 66), "é, por direito de ação coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos". Isso porque nos regimes democráticos é a partir do processo que se estrutura discursivamente a forma e o conteúdo das decisões, limitando-se o Direito a institucionalizá-lo.

E se o próprio Estado Democrático de Direito se funda a partir da processualidade, os provimentos que criam, alteram, reconhecem ou aplicam direitos devem decorrer de um compartilhamento dialógico-processual para que possam ser tidos como legítimos.

Tomadas essas considerações, o processo jurisdicional pode ser definido na teoria neoinstitucionalista como o

> [...] **conjunto** de princípios e (institutos) **jurídicos** reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados. (LEAL, R., 2011, P. 71).

O processo assim concebido assume uma dimensão que o relaciona às condições de legitimidade das decisões judiciais, nos termos do que propõe o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, pois é por meio do devido processo que se garante a legitimidade dos atos jurisdicionais, que passam a ser vistos não como simples atos dotados de coercitividade, e, sim, como resultado de uma construção compartilhada cuja participação dos afetados é imprescindível.

5. A legitimidade da sentença penal a partir de um modelo democrático de processo penal

O alinhamento da teoria procedimentalista da Democracia – que compreende o Direito como um empreendimento comum – com as concepções de processo formuladas a partir do contraditório e dos demais direitos e garantias

fundamentais dá ensejo a uma compreensão de processo jurisdicional baseada na participação dos destinatários nos atos que lhes afetarão.

Segundo Ohlweiler (2000, p. 78-79), parte-se do pressuposto de que o Direito constitui um sistema de significações que se estrutura a partir da linguagem e não do saber solitário de quem quer que seja.

Assim, conforme Leal, R. (2010, p. 55), o processo passa a ser concebido como "instituição constitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos", o que é fundamental para o controle de sentidos em um regime que se pretende democrático. Desse modo, é o processo que garante legitimidade à jurisdição, não havendo que se falar em instrumentalidade. A jurisdição só assume a forma de garantia.

A jurisdição democrática não se apóia no reforço da autoridade estatal, mas na garantia constitucional explícita do devido processo, que assegura decisões judiciais como o resultado do compartilhamento operado dentro da "rede discursiva da normatividade procedimental", conforme concepção de Leal, R. (2002, p. 171), pelas partes e pelo juiz. É a observância do devido processo, estruturado e compreendido a partir do paradigma democrático, que garante a legitimidade das decisões judiciais.

Estabelece-se, assim, sempre pelo processo, uma teoria constitucionalmente adequada da jurisdição, na qual a legitimidade de seu exercício está vinculada à efetiva participação das partes na conformação da decisão. Na síntese de Rosa e Silveira Filho (2009, p. 86-87)

O processo é quem mediará, pelo discurso, a decisão, não mais solitária do juiz, mas co-produzida democraticamente. Enfim, diante das pretensões de validade trazidas pelas partes no procedimento em contraditório, que um-juiz se legitima a emitir o provimento estatal, fundamentando tanto no acolhimento quanto na rejeição das alegações, não podendo buscar a legitimação apenas por sua condição formal de emissor reconhecido. As partes possuem o direito de enunciar seus argumentos, produzirem provas e os verem devidamente analisados pelo Estado-juiz.

No âmbito da persecução penal, pensar a jurisdição a partir do processo penal significa romper em definitivo com as práticas que insistem em subverter a racionalidade jurídica ao não submeterem o código de processo penal à devida filtragem constitucional estabelecida pelo devido processo.

Não se pode querer continuar aplicando dispositivos que se mostram de todo incompatíveis com o paradigma democrático erigido constitucionalmente[176], como se o processo penal não passasse de simples instrumento da jurisdição e a legitimidade decorresse ontologicamente da natureza da atuação estatal.

Na realidade, se devidamente compreendido o paradigma democrático e a relevância que o devido processo assume nessa perspectiva, pouco se pode salvar do código de processo penal brasileiro, pois a estrutura sobre a qual se funda é de todo incompatível com os direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Como demonstrado, o Decreto-Lei 3.689 de 1941 não apenas se inspira em um regime totalitário como é pensado e erigido em um regime totalitário, o que por si só já demonstra sua total incompatibilidade com pretensões democráticas.

E mesmo que se alterem dispositivos específicos no sentido de conferir um ar de Democracia ao código em vigor, sua estrutura permanece atrelada ao paradigma sobre o qual se erigiu. Exemplo concreto dessa afirmação pode ser visto na aplicação dada ao artigo 212, que trata da ordem de oitiva das testemunhas, modificado pela Lei 11.690/2008. Apesar da modificação pontual, toda a base da estrutura totalitária permanece em vigor e, para agravar ainda mais a situação, parte daqueles responsáveis pela aplicação da legislação processual penal seguem insistindo em não submetê-la à devida filtragem constitucional. Nesse sentido as considerações de Choukr (2013, p. 195) acerca da modificação legislativa em questão

A ordem de inquirição indicada no artigo é clara: as partes têm a fala inicial e o Juiz a fala supletiva, invertendo-se a lógica do modelo anterior. No entanto,

---

[176] A síntese da relação entre a legislação infraconstitucional e a Constituição nos dias de hoje pode ser vista em Marques (2009, p. 142): [...] refletindo aquela tensão entre faticidade e validade inerente a qualquer realidade social, o processo penal passa a desenvolver sua própria prática interpretativa e argumentativa, ganhando foro de legitimidade na legislação processual (Cf. Oliveira, 2007, p. 145). Por conseguinte, inúmeras práticas antigas, que a Constituição pretendeu abolir, mantêm seu dinamismo na realidade cotidiana, exatamente porque o Código de 1941 se torna autossuficiente na justificação do processo penal.

como uma das características das reformas pontuais é a não alteração do regramento de nulidades (regime pelo qual se mantém vivo o modelo passado mesmo com a nova legislação "em vigor"), a cultura inquisitiva fortemente arraigada na ideia do domínio judicial da prova basicamente manteve vivo o anterior sistema.

Há, portanto, além de um déficit de legitimidade do próprio sistema penal, um déficit de legitimidade da jurisdição no âmbito penal, que não será superado tão somente com a adoção de postulados tidos como acusatórios em contraposição ao inquisitorialismo presente nas práticas processuais penais no Brasil.

Isso porque o referente ordenador do sistema democrático-constitucional só pode ser um: a democraticidade. O modelo sistêmico de processo penal só pode ser um modelo democrático, contrário a um modelo inquisitivo, mas que vai além de um modelo acusatório. Nesse sentido, o pensamento de Martins (2012, p. 80-81)

> [...] o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só "princípio unificador": a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o *modelo democrático*. Dizer "democrático" é dizer o contrário de "inquisitivo", é dizer o contrário de "misto" e é dizer mais que "acusatório". [...] Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático.

Dessarte, adotar um modelo democrático de processo penal é submeter toda e qualquer prática processual penal à indagação acerca de sua compatibilidade com o panorama democrático-constitucional no qual está inserida.

E no modelo democrático, sentença penal é ato obrigatoriamente compartilhado[177], produzido em contraditório, compreendido este como a garantia de participação na formação do provimento, pois na Democracia a interpretação não se limita a uma questão de método, e, sim, perpassa, necessariamente, a compreensão da teoria jurídica do processo. No Estado Democrático de Direito os significados não são alcançados previamente, mas pela garantia de um espaço jurídico procedimentalmente processualizado.

---

[177] Adverte Streck (2012, p. 226): "qualquer teoria que aponte para essa 'delegação' em favor do intérprete solitário (no caso, o julgador) sofre de *um letal déficit democrático*. E aí não adianta 'estar' no sistema inquisitivo ou no acusatório. Neste caso, tanto faz, porque, com essa 'delegação', qualquer distinção entre os dois modelos desaparece".

Assim, não se mostra suficiente que a decisão seja formada a partir do "livre convencimento", ainda que motivado. Decidir com base no "livre convencimento" é atribuir sentidos a partir de uma subjetividade assujeitadora, que mantém intacto o problema do solipsismo, pois dessa forma continua a se permitir que se decida e depois busque os fundamento da decisão. (STRECK, 2012, p. 223).

Fundamental, portanto, abandonar a ideia de focos de centralidade, ainda tão marcantes no processo penal brasileiro. A postura a ser assumida é no sentido da comparticipação. Na feliz síntese de Streck (2012, p. 220), "um processo penal que se pretende democrático depende de uma ampla intersubjetividade" e, portanto, do exercício pleno do contraditório.

Convém adiantar, por oportuno, que o contraditório não se confunde com a matéria debatida. Contraditório é garantia de participação das partes em igualdade, pois é delas o jogo de contradição, como bem define Gonçalves (1992, p. 127).

Dessarte, merece ser repisada a necessidade de se afastar aquele que julga do âmbito de produção da prova, como se estivesse ao seu alcance uma verdade de caráter absoluto. Isso porque, como já se afirmou, o modelo democrático-constitucional, em nome do contraditório, estabeleceu como função institucional privativa do Ministério Público a promoção da ação penal. Com efeito, no Estado Democrático de Direito o controle de poder é exercido tanto pelo compartilhamento quanto pela atribuição de competências às instituições responsáveis pelo seu exercício. E nesse ponto, não se pode olvidar que a Constituição em vigor atribuiu a função acusatória ao Ministério Público. (MARQUES, 2009, p. 148).

Essa é uma questão fundamental para o desenvolvimento de uma jurisdição a partir do processo penal, pois a ambição de verdade no processo penal brasileiro chegou ao ponto em que o juiz, minando toda e qualquer perspectiva de contraditório sob a ótica democrática, participa ativamente de todas as fases da persecução penal, desde o procedimento de investigação preliminar, perpassando pelos provimentos de recebimento da denúncia e de imposição da pena.

Ignora-se por completo a advertência da psicologia social no sentido de que o ser humano age por uma busca seletiva de informações, ou seja, busca

predominantemente informações que possam confirmar uma hipótese que fora aceita anteriormente. (SCHÜNNEMAN, 2013, p. 208).

Por essa perspectiva, é difícil crer que aquele que teve que decidir, com base em elementos colhidos na fase investigativa, assumidamente inquisitiva, acerca de indícios de autoria e materialidade para fins de decretação de prisão preventiva ou de recebimento da denúncia, por exemplo, tomará a iniciativa probatória em sentido diverso daquele já formulado nas decisões anteriores. Nesse sentido, Schünemann (2013, p. 21) afirma

> O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo Ministério Público, de modo que o juiz tem dificuldades em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consoantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais. Segundo a perspectiva da psicologia social, o papel do juiz não corresponde àquilo que prevê a dogmática processual.

Pode-se concluir que um modelo democrático de processo penal exige um juiz imparcial, o que, nada obstante, deve ser tomado com cuidado, sob pena de se ter a imparcialidade daquele que julga como uma qualidade que lhe deve ser inerente. Compreendida dessa forma, o máximo que se poderia alcançar seria a possibilidade (desejada) daquele que julga controlar seus sentimentos. (WARAT, 1994, p. 86-87).

Imparcialidade é, antes de tudo, assegurar que os pontos de vista daqueles que participam do processo sejam efetivamente levados em conta, de forma equânime, por quem julga (CARVALHO, 2012, p. 116). E, para tanto, quem julga não pode pretender exercer o papel das partes – mesmo porque não participa do contraditório – e tampouco o de guardião da segurança pública, função constitucionalmente atribuída a órgãos executivos. Como bem assinala Carvalho (2012, p. 129), "a ele cabe, tão somente, julgar. E para fazê-lo legitimamente, deve tornar-se equidistante".

Conclusão

No modelo democrático de processo penal a sentença se legitima a partir da observância irrestrita do devido processo. A partir dessa perspectiva, contraditório, imparcialidade do julgador e ampla defesa possuem uma relação direta e intrínseca, sem a qual o processo penal não se legitima.

A partir do contraditório efetivo, pautado no tratamento isonômico entre as partes, o devido processo garante o exercício da ampla defesa e afasta tanto a decisão solitária do juiz Hércules quanto a iniciativa probatória fundada na pretensão de se alcançar uma verdade "real", mantendo-se, assim, a imparcialidade.

Nesse passo, não se pode perder de vista a realidade na qual se encontra inserida a grande maioria das pessoas contra as quais se volta o sistema penal, sob pena da tensão entre facticidade e validade se resolver em um esquema de validade fundado em uma participação fictícia, que não assegure a efetiva possibilidade de a defesa confrontar as teses da acusação e tampouco de influenciar o convencimento judicial.

A assunção definitiva de um modelo democrático de processo penal, cujo referencial democrático não pode ser outro senão a Constituição, perpassa obrigatoriamente por uma reaproximação do contraditório e da ampla defesa, e consequentemente, pelo efetivo cumprimento do direito fundamental à assistência jurídica pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: Frankenberg, Günter. Moreira, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 119-139, 2009.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritária. In:______ (coord.). **Proceso civil e ideologia**. Valencia: Tirant lo blanch, p. 129-165, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz processo e justiça. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato. RAMOS, Glauco Gumertato (coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual.** Salvador: Juspodvm, p. 111-146, 2013.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Rosas Lichtschein. Lima: Peru, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro.. Reflexões sobre a criatividade judicial no tempo presente. In:______. **Processo, ideologias e sociedade**. Vol. I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, p. 07-26, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed., São Paulo: Lemos e Cruz, v. 4, 2004.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Teoría general del Estado**. Traducción de José Lión Depetre. México: Fondo de Cultura Economica, 1948.

CARVALHO, L. G. Gradinetti Castanho de. Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar. In: _____; CARVALHO, Luis Gustavo G. de C.; MARTINS, Rui Cunha. **Decisão judicial**: a cultura brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, p. 87-137, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos processuais penais: apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato. RAMOS, Glauco Gumertato (coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodvm, p. 187-197, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CITTADINO, Gisele. Autodeterminação e identidade. Sobre direitos individuais e direitos coletivos em Habermas. In: Frankenberg, Günter. Moreira, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 169-178, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009a.

______. **Instituições de Direito processual civil**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2009b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORST, Reiner. Jürgen Habermas: facticidade e validade. In: Frankenberg, Günter. Moreira, Luiz. **Jürgen Habermas, 80 anos direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 179-193.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOLDSHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua nova**, n. 36, p. 39-53, 1995.

______. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. Tradução Paulo Astor Soethe. In:______. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, p. 285-297, 2002.

______. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2v, 2003.

______. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. 2ª ed. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2009.

JARDIM, Afranio Silva. Reflexão teórica sobre o processo penal. In: **Justitia**. São Paulo, 146 (27), p. 91-125, out./dez, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no Direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

______. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte:Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 1ª. ed. São Paulo: Landy, 2002.

______. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério público e persecução penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6ª ed. Vol. 1 . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. In: **Revista da faculdade de Direito da UFPR**, v. 44, 2006.

MARQUES. Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. In: **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do Direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da "verdade". In: _____; CARVALHO, Luis Gustavo G. de C.; MARTINS, Rui Cunha. **Decisão judicial**: a

cultura brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons, p. 71-85, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organização, rev. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: ______. **Estudos de Direito penal, Direito processual penal e Filosofia do Direito**. Coordenação Luis Greco. São Paulo: Marcial Pons, p. 205-221, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. De como a dogmática jurídica traiu a filosofia. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). In: **Constituição e processo**: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Forum, p. 197-227, 2012.

TORNAGHI, Helio. **Processo penal**. Processo Penal. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco, 1953.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Fabris, p. 81-95, 1994.

O GOVERNO DOS JUÍZES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – UM ESTUDO DE CASO

Víctor Minervino Quintiere

RESUMO: Este trabalho analisa a história da legitimidade do legislador racional, passando pela concepção – e divergências existentes – a respeito do ativismo judicial e da expansão do Poder Judiciário sob o enfoque de C. Neal Tate. Neste passo chega-se ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 429.903/RJ em que se discutiu a possibilidade do Poder Judiciário determinar, por decisão judicial, que a Administração Pública mantenha quantidade mínima de medicamento em estoque sendo realizada comparação deste julgado com os institutos estudados durante o artigo.
Palavras Chave: Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Expansão do Poder Judiciário. Direitos Fundamentais. Direito à saúde.Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

No âmago do Direito Constitucional, mais especificamente no campo dos Direitos Fundamentais, ganham destaque questões envolvendo a aplicação do direito à saúde. Nesta perspectiva será abordada a (in) adequação da postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste prisma, o presente artigo é separado em cinco partes, senão vejamos: i)análise do RE nº 429.903/RJ, presente no Informativo 752 do STF. ii) a Lei no Estado Constitucional; iii) a expansão do Poder Judiciário; iv) reflexão sobre o instituto do ativismo judicial; e v) o governo dos juízes pelo Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, será analisado o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 429.903/RJ .

Na segunda parte será abordada a história envolvendo os poderes do Estado sob a ótica de Luis Pietro Sanchís, em especial, do auge à decadência que vive atualmente o Poder Legislativo, mais especificamente, no que diz respeito às normas por este produzidas.

Na terceira parte deste trabalho será realizada a análise da obra de C. Neal Tate a respeito da expansão do Poder Judiciário onde se pretende chegar aos pressupostos colocados e analisá-los em relação ao atual cenário vivido no Brasil, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

Na quarta parte do artigo será analisado, sob o ponto de vista do Professor Paulo Gonet Branco, o conceito, as características, as dimensões e as divergências a respeito do instituto do ativismo judicial.

Por fim, na quinta parte deste estudo, será analisada a (in) adequação do precedente do Supremo Tribunal Federal aos conceitos delineados ao longo do presente trabalho.

1. ESTUDO DE CASO – ANÁLISE DO INFORMATIVO 752 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o intuito de analisar o fenômeno da expansão do Poder Judiciário e do ativismo judicial no Brasil foi escolhido o acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 429.903/RJ o qual - pela relevância da discussão ali existente - foi publicado, inclusive, no Informativo nº 752 do Supremo Tribunal Federal.

Tratou-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro fundamentado no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal de 1988 em que foi alegada violação ao disposto nos arts. 2º e 167, II, da referida Carta.

Ao elaborar sua pretensão é alegado que “o Estado não pretende impugnar por meio do recurso constitucional o fornecimento da medicação[178] pelo poder público, obrigação que provém do art. 196 da CF, que, à unanimidade da jurisprudência, é preceito de aplicação imediata” e sim “reformar a decisão no que toca à determinação de que a Administração mantenha sempre em estoque

[178] Conforme colocado pelo Ministério Público Federal nas contrarrazões de fls. 467/479 a questão envolve o fornecimento do medicamento CEREZYME 200 UI (que passou a fazer parte da lista de medicamentos de alta complexidade do Ministério da Saúde, art. 1º da portaria 23) – necessário ao tratamento dos portadores da doença de Gaucher.

quantidade do medicamento suficiente para garantir 2 meses de tratamento aos que dele necessitem” (fls. 458 dos autos).

Ao iniciar o voto, o Min. Ricardo Lewandowski destaca a controvérsia a qual consiste em “saber se a Administração Pública poderia ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque do referido medicamento, por um período de dois meses, no interesse de 36 pessoas que sofrem do mal no Estado do Rio de Janeiro, de modo a evitar novas interrupções do tratamento”.

Incialmente, quanto à controvérsia levantada pelo *parquet* a respeito da ausência de prequestionamento, o Supremo Tribunal Federal, naquele julgamento, decidiu que a matéria trazida pelo Recorrente estava devidamente prequestionada.

A Turma, ao analisar o mérito da pretensão do Recorrente, a tornou infrutífera - negando, consequente, seguimento ao Recurso Extraordinário - com base nos seguintes fundamentos: i) teria ocorrido atuação infrutífera por parte da Administração Pública – em providenciar o tratamento contínuo aos pacientes – não havendo que se falar em afronta ao Princípio da Separação dos Poderes e sim devendo ser usado, *in casu*, o sistema de controle do *checks and balances*; ii) o Poder Judiciário não estaria determinando as metas nem as prioridades da Administração Pública, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas uma vez que estaria, na verdade, realizando “controle da legitimidade de seus atos”; iii) o exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes; iv) o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não poderia se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Pois bem. Após trazer o relatório do caso em análise, oportuno colacionar os pontos a serem debatidos, senão vejamos: i) destinos possíveis na percepção de C. Neal Tate para o Brasil; ii) (in) existência do fenômeno da judicialização no caso em análise; e iii) ocorrência (ou não) das condicionantes responsáveis pela expansão do Poder Judiciário no Brasil; iv) (in) aplicabilidade do instituto do ativismo judicial ao caso concreto.

2. A LEI NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Trata-se, o presente tópico, da análise da combinação de trabalhos[179] escritos por Luis Prieto Sanchís ao longo dos anos e da obra de Gustavo Zagrebelsky.

A prevalência da Constituição em face da Lei, a complementação das regras pelos princípios e a vontade de conferir plena tutela aos direitos fundamentais revelam uma consequência importante: os juízes passam a ocupar esferas de decisão antes ocupadas pelo legislador. O papel do juiz, na visão do autor, é consequência do modelo de Estado Constitucional[180].

Os juízes, na visão do autor, devem exercer controle político sobre os parlamentares gerando, inclusive, o controle sobre as leis. Apesar de originados em tempos e modos distintos os capítulos possuem uma coesão substancial. Nesta perspectiva será abordado com maior detalhamento o capítulo I, intitulado "Del mito a la decadência de la Ley. La Ley en el Estado constitucional".

No capítulo I, intitulado "Del mito a la decadência de la Ley. La Ley en el Estado constitucional", Sanchís mostra os diversos motivos que fundamentam sua concepção de que a lei não é mais o que era antes no sentido de que, muitas vezes, sequer representa de maneira adequada o interesse da maioria[181].

---

[179] "Este no es un libro concebido y desarrollado de forma unitaria y homogénea de acuerdo con algún plan meditado, sino que sus três capítulos se corresponden con sucesivos trabajos escritos y en algún caso publicados de forma independiente". SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998.

[180] La preeminencia de la Constitución sobre la ley, el desplazamiento de las reglas por los principios y la voluntad de brindar plena tutela a los derechos fundamentales tiene una consecuencia relevante que no cabe ocultar, y que incluso para algunos resulta inquietante y hasta escandalosa: los jueces, si es que no se convierten en los nuevos señores del Derecho, al menos sí pasan a ocupar esferas de decisión antes encomendadas al legislador o, en general, a los órganos de naturaleza política. Ciertamente, el debate entre legalismo y judicialismo, entre política y justicia, entre decisión de la mayoría y derechos de la minoría, aunque no pocas veces aparece entreverado de demagogia o guiado sólo por la defensa de intereses circunstanciales, es lo suficientemente serio como para que no podamos pretender resolverlo en este Prólogo, ni siquiera tampoco en este libro. SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998.

[181] "Como digo, la ley ya no es lo que era por muy distintas razones que procuro examinar en el Capítulo I, pero singularmente por una muy elemental, y es que existe una Constitución en el más estricto sentido de la expresión; esto es, porque existe una norma superior a cualquiera otra, dotada además de un densísimo contenido material o sustantivo com vocación de determinar no sólo «quién» y «cómo» se manda". SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998.

Além disso, a lei confeccionada pelo legislativo não possui o poder que já teve. Isso ocorreu principalmente, na visão do autor, por conta da existência de uma Constituição como norma maior, norma fundamental.

Para consolidar a premissa exposta acima o raciocínio do autor é iniciado no tópico "la construcción del mito" em que, a título crítico, destaca que a ciência jurídica havia se preocupado com uma dogmática cuja reflexão se iniciava a partir das normas (e sua interpretação), descuidando da pergunta acerca da norma em si mesma, ou seja, seu processo de produção e externalização[182].

Em seguida, o autor destaca as premissas que fundamentavam a ciência jurídica na época do denominado Estado Liberal, senão vejamos: i) o legislador era um soberano absoluto (democrático ou não) cujas decisões não poderiam ser discutidas[183]; ii) tudo aquilo que extrapolasse os limites do direito estrito não deveria ser preocupação, ou seja, os efeitos sociais da norma, sua justiça e sua relação com a moral deveriam ser estudadas pela sociologia, economia ou pela filosofia política, jamais pela ciência do Direito[184].

Neste sentido é destacada, no desenrolar do texto, a ideia de mito da lei, ou seja, naquela época (século XIX) acreditava-se no denominado "legislador racional" não podendo o juiz aplicar o direito com base também em ferramentas hermenêuticas restando-lhe apenas a disposição gramatical do legislador soberano[185].

Pois bem. No tópico II, intitulado "La decadencia de la ley" e no tópico III intitulado "La ley en la crisis del Estado legislador y unitario" Sanchís faz um panorama histórico passando desde o Estado liberal (em que havia o império absoluto da lei produzida pelo legislativo), até o Estado Social (em que é possível

---

[182] Oportuno tecer a ideia posta pelo autor em espanhol, senão vejamos:"En otras palavras, la ciência del Derecho habría sido fundamentalmente una dogmática cuya reflexión se inicia a partir de las normas, descuidando la pregunta acerca de las normas em sí". SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998. p. 5.
[183] "De un lado, la idea de que el legislador es um soberano absoluto (democrático o no) cuyas decisiones no pueden ni deben ser discutidas, al menos em sede de dogmática jurídica o teoria del Derecho". SANCHIS, Luis Prieto. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998. p. 6.
[184] De outro lado, la idea de que todo aquello que exceda los limites del Derecho estricto, es decir, de la norma, no es cuestión que deba preocupar a los juristas (...) son aspectos que pueden estudiarse por la sociologia, la economia o la filosofia politica, pero no por la ciência del Derecho". SANCHIS, Luis Pietro. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998. p. 6.
[185] SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998. p. 5-16.

vislumbrar um novo papel do magistrado e a decadência da lei em relação a períodos históricos anteriores).

Mais adiante é levantada uma série de reflexões (que o autor chama de sintomas) os quais geraram, na sua visão, a descrença tanto no legislador como nas leis por ele produzidas, como por exemplo, a substituição do Estado Legislador pelo Estado Administrativo, o desaparecimento do Estado Unitário em face de novos centros de produção jurídica situados tanto fora como dentro de seu território, transformação da ideologia estatal (muitas vezes monopolista) para uma ideologia social e, principalmente, mudança do Estado dito legislativo para o denominado Estado constitucional (ou império da Constituição sobre a lei)[186].

Encerrando o capítulo I o autor trata do tópico "la ley en el Estado Constitucional" indicando que o marco histórico que define o início do denominado Estado Constitucional (valendo aqui a ressalva feita por ele no sentido de que nem todo Estado de Direito é um Estado Constitucional haja vista que a mera existência de uma carta fundamental não garante seu poder em face da lei confeccionada pelo legislador) é o surgimento do controle de constitucionalidade, realizado a partir dos ditames postos pela Constituição, em face de lei ou ato normativo produzido pelo Poder Legislativo[187].

Neste passo são examinadas as características[188] do Estado constitucional sendo destacada como principal o fato de que existe o controle do poder sendo feito,

---

[186] Na sua literalidade segue o raciocínio de Luis Prieto Sanchís: Los nuevos síntomas, que en algún caso no son sino la prolongación de los que ya se advirtieron com anterioridad, pueden resumirse bajo las siguientes rúbricas: desplazamiento del Estado legislador por el Estado administrativo; desplazamiento del Estado unitario en favor de nuevos centros de producción jurídica situados tanto fuera como dentro del território de las antiguas naciones que —guste o no— llevan camino de dejar de serlo; desplazamiento de las fuentes estatales, antes tendencialmente monopolísticas, por renovadas fuentes sociales; y, muy especialmente, desplazamiento del Estado legislativo por el Estado constitucional o, si se prefiere, imperio de la Constitución sobre la ley. SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998. p. 25.

[187] "Por eso, es corriente leer que el rasgo definitorio del Estado constitucional es precisamente la existência de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes o, más ampliamente, de control sobre el poder en general".

[188] Analisando o constitucionalismo de maneira ampla oportuno destacar as palavras do autor a respeito de seu núcleo, senão vejamos: "El nucleo del constitucionalismo consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdadeiramente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de «quién» y «cómo» se manda, sino

antes de qualquer coisa, de forma substantiva a partir dos direitos fundamentais prescritos na Constituição.[189]

Nesta perspectiva,o autor menciona neste item que a lei nos dias atuais deve passar por um contexto complexo envolvendo uma série de questões como por exemplo a transferência de soberania para as instituições, crescente assunção de poderes legislativos por instituições/comunidades autônomas, traços de crise próprios da racionalidade na codificação e proeminência de um Estado Judicial e Constitucional.

Neste diapasão o autor conclui que a "ciência legislativa" nos dias de hoje deve se preocupar com o ajuste da lei em face de um complexo emaranhado de normas superiores que distribuem uma competência (hoje tida por compartilhada) e que, sobretudo, possui em seu âmago uma série de princípios e direitos que condicionam de maneira decisiva a função do legislador[190].

Pois bem. Após compreender a obra de Luis Prieto Sanchís, oportuno destacar o estudo do Constitucionalismo feito a partir da obra "*El Derecho Dúctil – Ley, Derechos y Justicia*", escrita pelo professor Gustavo Zagrebelsky.

---

en gran parte también de «qué» puede o debe mandarse. Es la forma de combinar todos estos elementos lo que da lugar a un panorama lo suficientemente nuevo como para merecer um nombre propio donde el protagonismo ya no queda reservado al legislador, sino que aparece, cuando menos, compartido con la figura emergente del juez 118: el Estado constitucional". SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998.

[189] "La lenta y costosa evolución de la Justicia constitucional en Europa es en cierto modo la historia que conduce a la sustitución del Estado liberal de Derecho por el actual Estado constitucional114, cuya característica fundamental es, como veremos, el control del poder y, ante todo y em primer lugar, el control sustantivo a partir de los derechos fundamentales". SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998. p. 33/34.

[190] Nestes termos: En resumen, cesión de soberanía en favor de las instituciones europeas, creciente asunción de competencias legislativas por parte de las Comunidades Autónomas, mantenimiento de la permanente rivalidade del Reglamento, revitalización de las fuentes sociales, crisis de los rasgos de racionalidad propios de la fórmula codificadora y protagonismo judicial como exigencia del Estado constitucional: este es el marco em el que hoy ha de moverse la ley. Si hace ya tiempo que pudo darse por perdida la fe ilustrada en las virtudes racionales de la ley, en su omnisciencia, quizás haya llegado el momento de perder también la fe en su omnipotencia. Sobre esta base, y no sobre otra más luminosa que haga abstracción de la importancia de estos fenómenos, me parece que puede retomarse hoy el cultivo de la vieja «ciencia de la legislación»; una ciencia cuya primera asignatura ha de tener por objeto el estudio de una validez que ya no se cifra sólo en el cumplimiento de ciertos requisitos formales, como básicamente ocurría en el Estado legislativo unitario, sino en el ajuste de la ley a un complejo entramado de normas superiores que distribuyen una competencia hoy compartida y que, sobre todo, diseñan un contenido de principios y derechos que condicionan de manera decisiva la acción del legislador". SANCHIS, Luis Prieto. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998. p.45.

No decorrer do livro, o autor, além de ter como objetivo criticar a doutrina positivista no que diz respeito ao constitucionalismo, defende que o Estado Constitucional não pode se basear em um "sistema de catalogação dos direitos fundamentais"[191].

De maneira sintética, o autor, para analisar o dito caráter dúctil do direito, parte do constitucionalismo atual, passando por fases importantes da história da ciência jurídica, pelos fundamentos e a legitimação do poder político, bem como a gênese das liberdades do indivíduo[192].

Neste diapasão, a visão meramente sistemática e estruturalista, de acordo com esse autor, mostrar-se-ia inadequada para contemplar o complexo cenário constitucional vivido atualmente pela sociedade brasileira[193].

Diante das ponderações acima feitas e, com o intuito de conectar o presente tópico com o da expansão do poder judiciário, imperioso destacar que o juiz, na visão de Zagrebelsky, estão na ponta da tensão social, uma vez que julgam demandas postas pelos cidadãos[194].

Neste prisma, suas decisões formam, continuamente, a recriação do direito. Vale ponderar que tal recriação implica a construção do "edifício" em que a jurisprudência – vista aqui como ciência – possui fundamental importância para a criação e adequação do direito a fim de que, justamente por isso, a ductilidade permita a máxima eficiência dos primados almejados na Constituição[195].

---

[191]ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995..
[192]ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.
[193]ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.
[194]ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995..
[195]ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.

3. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Na obra "*The Global Expansion of Judicial Power*", o professor C. Neal Tate da Universidade do Texas aborda o fenômeno da expansão do Poder Judiciário nos Estados Unidos e nos demais continentes do globo.

O autor inicia o raciocínio afirmando que o número de políticas públicas feitas por juízes, ao invés de membros dos poderes legislativo e executivo, tende a crescer ainda mais nos próximos anos.

Na verdade, vários fatores sustentam esse desenvolvimento que, na visão do autor, consistiria em um movimento em direção ao que todos reconhecem como padrão americano da expansão do poder judiciário[196].

A respeito dos diversos fatores que gerariam a expansão do poder judiciário Nate afirma que alguns possuem escopo internacional destacando, como o mais impressionante, o colapso do comunismo totalitário na Europa Oriental e o desaparecimento da União Soviética[197].

Tal circunstância, na visão do autor, teria deixado os Estados Unidos, "a casa de judicialização da política", como a única superpotência gerando enorme influência nos demais continentes, desde a Europa e América Latina, passando pela Oceania chegando, finalmente, na Ásia[198].

Após explicar o contexto histórico recente que gerou a expansão do poder judiciário é explicado, no segundo capítulo, o sentido que deve ser dado à judicialização das políticas, espécie do gênero expansão do Poder Judiciário[199].

A judicialização da política, incialmente, consiste na tomada de decisão do Poder Judiciário em esferas, por serem políticas, pertencentes originalmente ao poder legislativo[200].

---

[196] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 2, 1995.
[197] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 1-10, 1995.
[198] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 1-10, 1995.
[199] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 13-27, 1995.
[200] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 13-27, 1995.

Judicializar, conforme colocado pelo autor, é tratar judicialmente para se chegar a uma sentença ou decisão aplicável ao caso concreto. Neste contexto, a expressão “judicialmente” deve exprimir tanto a forma de julgamento conforme a lei como a qualidade de juiz em relação a da administração da justiça[201].

Pois bem. Explicado tal conceito é feito o seguinte questionamento: nas democracias, principalmente em suas assembleias eleitas popularmente, a tomada de decisão é baseada no princípio da maioria e em um livre debate, público, entre iguais. E nos tribunais, como ocorre a tomada de decisão?[202]

A tabela[203] feita pelo autor e colacionada a seguir traz características que auxiliam na tentativa de responder à pergunta formulada acima, senão vejamos:

Características	Poder Judiciário	Poder Legislativo
Atores	Duas partes e um terceiro participante (juiz)	Várias partes (simbolizando o número de parlamentares)
Métodos de trabalho	Audiências públicas com peso de argumentos.	Negociações, muitas vezes, por trás de portas fechadas.
Regras básicas de tomada de decisão	Decisão tomada por um juiz imparcial	A decisão é tomada por meio do Princípio majoritário
Função originária (output)	Sedimentação de casos individuais com a utilização de precedentes.	Regras gerais (leis, orçamentos) e formulação de políticas.
Implicações	Averiguação dos fatos e da regra então aplicável com o objetivo de propiciar a “única solução correta”	Alocação de valores com o intuito de se chegar à solução politicamente possível.

[201] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 13-27, 1995.
[202] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 15, 1995.
[203] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 14, 1995.

Com o auxílio da tabela acima é possível identificar que no Poder Judiciário o método de trabalho– que se dá por meio de audiências públicas -, juntamente com as regras básicas de tomada de decisão – em que a decisão é proferida por juiz imparcial – e as implicações que deste processo resultam – averiguação dos fatos e da regra então aplicável com o objetivo de propiciar a "única solução correta" – o tornam mais legítimo para, se debruçando sobre questões políticas, resolver os anseios da sociedade.

Após analisar diversos episódios ocorridos no século XX em todo o mundo, o professor Tate faz ao final do segundo capitulo projeção a respeito dos rumos que a judicialização da política poderia tomar destacando dois destinos possíveis[204].

O primeiro destino a ser observado – e o defendido pelo autor como o mais provável em nível mundial – consistira no denominado governo dos juízes (Le gouvernement des juges, estudo realizado por Lambert em 1921[205]) ou governo pelo Judiciário (Government by Judiciary, estudo realizado por Berger em 1977[206]) em que o Poder Judiciário comandaria as ações do Poder Legislativo e as do Poder Executivo[207].

O segundo destino possível consistira no "majoritarismo total" – ou *total majoritarism*, expressão utilizada pelo autor – onde o Poder Legislativo, com fulcro no princípio majoritário comandaria, por meio da edição de leis, as ações do Poder Executivo e Poder Judiciário[208].

Neste passo, são apresentadas definições e condições que facilitam o entendimento a respeito da expansão do Poder Judiciário como um todo. Inicialmente, na visão do Autor, judicialização pode ser conceituada das seguintes formas: i) processo pelo qual os tribunais e os juízes vêm para fazer – ou para dominar – a construção de políticas públicas que haviam sido feitas por outras entidades governamentais, especialmente pertencentes aos Poderes Legislativo e

---

[204] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 13-27, 1995.
[205] LAMBERT, E. 1921. Le gouvernement des juges el la lutte contre la legislation sociale aux Etats-Unis: L´ experience américainedu controle des constitutionnalité de la lois. Paris: Giard.
[206] BERGER. R. 1977. Government by Judiciary: The transformation of the Fourteenth Amendment. Cambridge: Harvard University Press.
[207] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 24, 1995.
[208] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 24, 1995.

Executivo. ii) processo pelo qual negociações extrajudiciais vêm a ser dominadas por regras quase-judiciais (legalistas) e procedimentos[209].

No que tange às condições, oportuno destacar quais são e qual a relação existente com a judicialização das políticas públicas. No tocante à democracia é afirmado que a presença de um governo democrático parece, de acordo com o autor, condição necessária, mas insuficiente por si só, para a judicialização da política[210].

Outra condição a ser analisada para a efetivação da judicialização das políticas consiste na separação dos poderes. De acordo com o autor cabe ao judiciário, na clássica perspectiva de separação dos poderes de Montesquieu, a interpretação – e não a criação – das leis.

Nesta perspectiva, aparentemente, a separação dos poderes não refletiria condição necessária, tão pouco suficiente, para a ocorrência da judicialização das políticas publicas podendo, entretanto, auxiliar tal efetivação sob outros aspectos[211].

Em se tratando de judicialização da política, uma condição na visão do autor importantíssima diz respeito a existência, em determinado sistema normativo, da denominada "política de direitos" ("politics of rights") que tornaria o Poder Judiciário responsável por adequar ao caso concreto tal política de direito pré-estabelecidos normativamente[212].

Outra condição que pode perfeitamente sacramentar a judicialização da política é a existência de grupos econômicos fortes interessados na válvula de escape proporcionada pelo Poder Judiciário em ser o intérprete das políticas de direitos os quais, em geral, são contrários aos paradigmas majoritários[213].

Ainda neste aspecto, no tocante ao aspecto qualitativo deste "grupo", é plenamente plausível a utilização da Corte em determinado Estado com o intuito de barrar programas governamentais aprovados pelo governo. Nota-se que, neste

---

[209] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 28, 1995.
[210] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 28, 1995.
[211] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 29, 1995.
[212] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 29, 1995.
[213] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 30, 1995.

prisma, a Corte estaria sendo utilizada por grupos de oposição, aumentando, por derradeiro, o poder de inferência do Poder Judiciário na esfera legislativa[214].

Outro aspecto interessante e capaz de trazer a lume a judicialização das políticas públicas diz respeito à existência de instituições majoritárias que não conseguem executar seu papel com efetividade (o autor chama de "Ineffective majoritarian Institutions").

Neste viés, o Poder Judiciário por meio de suas decisões acabaria realizando a tarefa do Poder Legislativo com o intuito de não prejudicar o interesse comum da sociedade, até mesmo, pela velocidade com que os fatos ocorrem atualmente[215].

Ademais, ainda no tocante às instituições do Poder Legislativo, outro ponto a ser considerado é a percepção que a população tem do trabalho ali desenvolvido. Notícias envolvendo corrupção, acúmulo de projetos em pauta e outros fatos colaboram para que a população em geral não acredite na força do Poder Legislativo[216].

Neste passo, a respeito das condições que determinado país possa ter e que facilitam a expansão do poder judiciário, imperioso se faz destacar o fato de que, por conveniências de cunho orçamentário e político, ocorre muitas vezes do poder legislativo delegar aos tribunais determinadas funções que eram de sua alçada[217].

Com o intuito de exemplificar a premissa exposta acima o autor menciona o exemplo que ocorreu nos Estados Unidos onde uma série de Estados deixou de legislar a respeito da política do aborto por temer os custos políticos que tal atitude poderia gerar deixando, por derradeiro, nas mãos de suas respectivas Cortes[218].

---

[214] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 30, 1995.
[215] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 31, 1995
[216] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 31, 1995
[217] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 32, 1995
[218] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 32, 1995.

4. ATIVISMO JUDICIAL – BREVE REFLEXÃO

Antes de analisarmos a problemática envolvendo a atual situação vivida pelo Brasil, oportuno se faz analisar o instituto do "ativismo judicial". Nesta perspectiva e utilizando o raciocínio de Paulo Gonet Branco[219] no sentido de que "*tanto no Direito como em tantas outras áreas de conhecimento não é incomum que expressões linguísticas assumam um significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional*" iniciemos a abordagem acerca do termo "ativismo judicial".

Iniciando sua reflexão o autor, ao tratar sobre o significado de certas expressões linguísticas, cita o exemplo do que ocorre com o postulado da "dignidade humana"[220].

Neste prisma, assim como ocorre com o postulado da "dignidade humana", o postulado do "ativismo judicial" na visão de Paulo Gonet Branco "refletem outro caso de expressãoutilizada sem maiores cuidados com a definição dos seus elementos constitutivos. Nem mesmo se encontra consenso em torno de saber se a atitude é desejável ou negativa. O risco está em tornar a expressão inútil por superabrangente, ou, ainda pior, em transformá-la numa daquelas armadilhas semânticas que enredam os participantes desavisados do debate público, fazendo-os supor verdades ainda não estabelecidas e levando-os a julgar instituições e a formar opiniões políticas a partir de mistificações dissolventes". Vale aqui o destaque de que tal indeterminação surgiu, inclusive, no país em que cunhada pela primeira vez, ou seja, no próprio território norte-americano[221].

---

[219] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[220] Nesta senda, oportuno destacar que "com o chamado princípio da dignidade da pessoa, não raro se diz que, não sendo definível, seriam perceptíveis, contudo, os casos em que é afrontado –conduzindo a esperados embaraços nos chamados *casos difíceis*, em que a própria intuição se vê embaralhada por impressões viáveis, mas auto-excludentes e de impossível harmonização". BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[221] Explicando o ocorrido nos Estados Unidos é asseverado que "mesmo no país em que cunhada pela primeira vez, a expressão *ativismo judicial* padece de indeterminação semântica geradora de confusões doutrinárias. Bradley Canon, em artigo seminal na busca da descrição das características

Nesta perspectiva o autor, sabendo da existência de inúmeros ensaios técnicos sobre a temática, inicia a tentativa de conceituação a partir dos estudos realizados tendo como paradigma a realidade norte-americana.

Michael Perry, sobre o ativismo, o defende como mecanismo que permite aos tribunais fornecer à sociedade respostas moralmente corretas a questões políticas e axiológicas fundamentais, rejeitando-se, por consectário lógico, o que denomina "ceticismo moral"[222].

Já Dworkin (apesar de repreender de maneira inconteste o denominado "passivismo"[223]) sustenta não ser o caso de se adotar um determinado ativismo que se expressando por meio de um pragmatismo jurídico virulento, acabe por desprezar o texto da constituição, sua história, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as tradições da cultura política local[224].

Cabe aqui, seguindo o roteiro proposto por Paulo Gonet Branco, salientar sobre os que sustentam que todo o discurso acerca da atividade judicial é ativista, ou seja, "mesmo aqueles que aconselham a contenção [na jurisdição constitucional] agem em atendimento a uma agenda política"[225].

Nesta perspectiva, Peter Irons[226] arremata dizendo que "na medida em que os corpos legislativos, em todos os níveis de governo, não são efetivamente

---

concretas de uma decisão ativista, inicia o seu texto reclamando justamente da difusão por comentaristas de concepções disparatadas e desarticuladas do fenômeno, capazes de retirar seriedade ao termo e de deixar os que desejem entender a discussão desamparados, numa "babel desconexa". A própria nomenclatura *judicial activism* surgiu num contexto não-técnico, objeto de um magro artigo numa revista leiga de atualidades, a Fortune, "entre propagandas de whisky e Aqua Velva". O autor, Arthur Schlesinger Jr, respeitável jurista, dedicava-se a descrever as profundas divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte americana em 1947". BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

[222]PERRY, Michael "Judicial Activism". Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional plicymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982.

[223] Doutrina que admitiria, "como questão de justiça, que os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas". Ronald Dworkin. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

[224] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 451-452.

[225] IRONS, Peter. "Making law: the case for judicial activism". Valparaiso University Law Review vol. 24, 1989-1990, p. 35.

[226] IRONS, Peter. "Making law: the case for judicial activism". Valparaiso University Law Review vol. 24, 1989-1990, p. 41.

representativos na sua composição, são não-democráticos na operação e são descompromissados com direitos básicos, o ataque ao ativismo judicial, baseado em presunções dogmáticas do mito das maiorias, fica serialmente enfraquecido".

Após o destaqueda dupla face que o ativismo acabou assumindo na história jurídico-política norte-americana (em que é possível vislumbrar tanto a face liberal[227] como a conservadora[228]) é possível vislumbrar que "o ativismo pode ser de esquerda ou de direita, portanto, sendo a crítica que o aborrece não raro proveniente da parte preterida nos seus interesses"[229].

Destacando ainda conceitos[230] e posicionamentos de juristas internacionalmente e nacionalmente reconhecidos como Peter Häberle (favorável ao ativismo judicial[231]) e Elival da Silva Ramos (contrário ao ativismo judicial[232]), no rol de conclusões possíveis acerca do ativismo judicial – sendo a que mais interessa ao presente artigo – o professor Paulo Gonet Branco[233] pondera, *in verbis*:

> Tanto os que criticam, como os que enaltecem o ativismo parecem ter pressuposta a intuição de que a ação considerada revela um afastamento do juiz do âmbito do que seria o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do

---

[227] A título de exemplo podemos destacar a decisão que pôs fim ao regime de segregação racial é tida como pertencente a esse contexto. caso Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954).
[228] A título de exemplo podemos destacar o caso Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856).
[229] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.
[230] Elival da Silva Ramos classifica o ativismo judicial como "o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)". RAMOS. Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.
[231] "Como observador participante, estou contente que os tribunais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais poderes a atuar (...). O sistema republicano não se vê debilitado por um ativismo jurídico senão que fortalecido". Entrevista de Peter Häberle a Raúl Gustavo Ferreyra, em 21 de abril de 2009, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, mimeo.
[232] Neste prisma o autor destaca que "ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa", dizendo tratar-se da "descaracterização da função típica do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. RAMOS. Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116/117.
[233] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

> Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.

Destacados os principais conceitos e questões que envolvem a complexidade do termo "ativismo judicial" é possível concluir preliminarmente que se trata de tema debatido desde o passado sendo, entretanto, pouco entendido (em sua essência) nos dias de hoje.

5. O GOVERNO DOS JUIZES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a análise, pormenorizada, do papel da norma no decorrer da história, da expansão do poder judiciário e do ativismo judicial, oportuno relacionar tais conceitos com o caso julgado pelo Supremo, apresentado no início deste estudo.

Ao tratar da expansão do Poder Judiciário, Tate afirma que existem dois destinos possíveis em nível mundial, quais sejam: i) o governo dos juízes; ii) majoritarismo total.

A leitura dos fatos juntamente com a argumentação colocada pelo Ministro Relator permite inferir que, no Brasil, o primeiro destino deve ser observado, ou seja, há no país o chamado governo dos juízes (Le gouvernement des juges, estudo realizado por Lambert em 1921[234]) ou governo pelo Judiciário (Government by Judiciary, estudo realizado por Berger em 1977[235]) em que o Poder Judiciário nitidamente comanda as ações do Poder Legislativo e as do Poder Executivo, em especial, no tocante à efetivação do direito à saúde[236].

Em seguida, no que diz respeito à (in) existência do fenômeno da judicialização de políticas públicas é possível inferir do caso sob exame que estamos diante de claro exemplo de processo pelo qual um tribunal – no caso, o Supremo

---

[234] LAMBERT, E. 1921. Le gouvernement des juges el la lutte contre la legislation sociale aux Etats-Unis: L´ experience américainedu controle des constitutionnalité de la lois. Paris: Giard.
[235] BERGER. R. 1977. Government by Judiciary: The transformation of the Fourteenth Amendment. Cambridge: Harvard University Press.
[236] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 24, 1995.

Tribunal Federal – determinou a construção de política pública – *in casu*, a relativa à saúde pública - que havia sido feita por outras entidades governamentais pertencentes, especificamente, pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro.

No tocante às condicionantes colocadas pelo autor em sua obra, imperioso consignar o seguinte. Em relação às duas condicionantes não indispensáveis[237] à judicialização (democracia e separação dos poderes) necessário consignar que no Brasil há o regime democrático de governo e a separação – não sendo cabível aquela proposta por Montesquieu, em que caberia ao Poder Judiciário apenas interpretar as leis – dos poderes.

Em se tratando de judicialização da política uma condição na visão do autor importantíssima diz respeito a existência, em determinado sistema normativo, da denominada "política de direitos" ("politics of rights") que tornaria o Poder Judiciário responsável por sua adequação ao caso concreto.[238]

Nesta perspectiva, partindo do pressuposto de que o direito à saúde está normatizado na Constituição Federal de 1988 é possível vislumbrar que a "política de direitos" não apenas existe como é utilizada como argumentação para efetivação de direitos. Um exemplo que pode ser citado, dentro do acórdão em análise, é o seguinte, *in verbis*:

> Por fim, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286- AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (fls. 05 do voto).

Outra condição que pode perfeitamente sacramentar a judicialização da política, conforme dito anteriormente, reside na existência de grupos econômicos fortes interessados na válvula de escape proporcionada pelo Poder Judiciário em ser

---

[237] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 29, 1995.
[238] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 29, 1995.

o intérprete das políticas de direitos os quais, em geral, são contrários aos paradigmas majoritários[239].

A leitura do acordão torna possível a conclusão, neste ponto, de que não há – pelo menos em um primeiro olhar – a existência de grupos econômicos por trás da decisão tomada existindo, em verdade, interesses político-jurídico de outro órgão do sistema normativo brasileiro - Ministério Público Federal – o que não configura ilegalidade uma vez que sua função na defesa dos interesses está normatizada.

Ainda neste item, no tocante ao aspecto qualitativo deste "grupo", é plenamente plausível constatar que houve a utilização da Corte – tanto a do Rio de Janeiro como o Supremo Tribunal Federal - com o intuito de barrar programas governamentais aprovados pelo governo, no caso, com o intuito de impedir que a postura da Administração Pública carioca - consistente na não manutenção de determinado remédio no estoque - prosseguisse. Nota-se que, por derradeiro, o poder de inferência do Poder Judiciário tanto na esfera executiva como também na esfera legislativa[240].

Outro aspecto interessante e capaz de trazer a lume a judicialização das políticas públicas diz respeito à existência de instituições majoritárias que não conseguem executar seu papel com efetividade ("Ineffective majoritarian Institutions").

É possível notar, ao analisar a conjuntura inerente ao caso, que a postura adotada pela Administração Pública carioca, por meio de suas instituições majoritárias, não conseguiu executar seu papel com efetividade uma vez que, ao não estocar os medicamentos descritos na inicial, o tratamento de cidadãos portadores da doença de Gaucher restou interrompido.

Neste viés, o STF agiu corretamente ao realizar a tarefa dos Poderes Legislativo e Executivo com o intuito de não prejudicar o interesse comum da

---

[239] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 30, 1995.
[240] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 30, 1995.

sociedade – representado pelos portadores da doença de Gaucher - até mesmo, pela velocidade com que a doença pode avançar[241].

Ademais, ainda no tocante às instituições do Poder Legislativo, outro ponto a ser considerado é a percepção que a população tem do trabalho ali desenvolvido. Ora, notícias envolvendo corrupção, acúmulo de projetos em pauta e outros fatos colaboram para que a população no Brasil não acredite na força, em especial, do Poder Legislativo[242].

Neste passo, a respeito das condições que determinado país possa ter e que facilitam a expansão do poder judiciário, imperioso se faz destacar o fato de que, por conveniências de cunho orçamentário e político, ocorre muitas vezes do poder legislativo delegar aos tribunais determinadas funções que eram de sua alçada[243], o que não ocorreu no acórdão analisado uma vez que o Poder Judiciário impôs ao Estado do Rio de Janeiro o dever de estocar quantidades razoáveis de medicamento.

No que diz respeito ao instituto do ativismo judicial oportuno ponderar a respeito da seguinte reflexão. Em que pese a heterogeneidade de conceitos dados e opiniões formadas a respeito da (im) possibilidade de sua aplicação aos casos concretos, é possível utilizarmos o conceito de Elival da Silva Ramos no sentido de que estamos diante do "exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos*)"*[244].

Neste diapasão, ao determinar que a Administração Pública carioca estocasse determinada quantidade de medicamento, o Poder Judiciário claramente exerceu função jurisdicional resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses entre os pacientes e a Administração Pública) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (inexistência de violação aos art. 2º da Constituição Federal, por exemplo) tornando cabível, na hipótese, a seguinte denominação: decisão ativista.

---

[241] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 31, 1995
[242] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 31, 1995
[243] TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 32, 1995
[244] RAMOS. Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

6. CONCLUSÃO

Após o estudo realizado a respeito da obra de Luís Pietro Sanchís, assim como do instituto do ativismo judicial e da expansão do Poder Judiciário a partir de C. Neal Tate foi possível chegar a algumas conclusões importantes sobre o julgamento do Recurso Extraordinário nº 429.903/RJ, presente no Informativo nº 752 do Supremo Tribunal Federal.

Na primeira parte deste trabalho foi analisado no que consistiu o julgamento do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao Recurso Extraordinário nº 429.903/RJ.

Na segunda parte deste artigo foi abordada a história envolvendo os poderes do Estado sob a ótica de Luis Pietro Sanchís, em especial, do auge à decadência que vive atualmente o Poder Legislativo, mais especificamente, no que diz respeito às normas por este produzidas.

Na terceira parte do artigo foi analisada a obra de C. Neal Tate a respeito da expansão do Poder Judiciário onde se pretendeu chegar aos pressupostos colocados e analisá-los em relação ao atual cenário vivido no Brasil, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

Na quarta parte do artigo foi analisado, sob o ponto de vista do Professor Paulo Gonet Branco, o conceito, as características, as dimensões e as divergências a respeito do instituto do ativismo judicial tendo sido escolhido uma conceituação específica.

Por fim, na quinta parte do artigo, foi analisado o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal e sua (in) adequação aos conceitos delineados ao longo do presente trabalho aonde se chegou às seguintes conclusões, senão vejamos: i) estamos diante de decisão que reflete típico exemplo do denominado “governo dos juízes”; ii) ocorreu o fenômeno da judicialização de políticas públicas por parte do STF; iii) a maior parte das condicionantes da expansão do Poder Judiciário se aplicam ao Brasil; iv) a decisão sob exame foi ativista.

REFERÊNCIAS

BERGER. R. 1977. Government by Judiciary: The transformation of the Fourteenth Amendment. Cambridge: Harvard University Press.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. publicado em André Fellet et alii (orgs) As novas Faces do Ativismo Judicial. Salvador: Podium, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 429.903/RJ. Primeira Turma. Brasília. Min. Rel. RICARDO LEWANDOSKI. Data do julgamento: 25.06.2014. Publicação no DJe em 14/08/2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 01 setembro 2014.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

IRONS, Peter. "Making law: the case for judicial activism". Valparaiso University Law Review vol. 24, 1989-1990.

LAMBERT, E. 1921. Le gouvernement des juges el la lutte contre la legislation sociale aux Etats-Unis: L´ experience américainedu controle des constitutionnalité de la lois. Paris: Giard.

PERRY, Michael "Judicial Activism". Harvard Journal of Law & Public Policy, vo. 7, 1984, pp. 69 e ss. e do mesmo autor The Constitution, the Courts and Human Rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional plicymaking by the Judiciary. New Haven, Yale University Press, 1982.

RAMOS. Elival da Silva. Ativismo Judicial. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

SANCHIS, Luis Prieto.. Ley, Principios, Derechos. Editora Dykinson. Madrid.1998.

TATE, C. Neal. et al. The global expansion of judicial power. New York, p. 1-10, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.